SINOPSES JURÍDICAS

12

Processo de Execução e Cautelar

Marcus Vinicius Rios Gonçalves

Editora Saraiva

SINOPSES JURÍDICAS

Marcus Vinicius Rios Gonçalves
Juiz de Direito. Mestre em Direito Civil pela PUCSP.
Professor no Complexo Jurídico Damásio de Jesus.

Processo de Execução e Cautelar

15ª edição
2012

Volume 12

Editora Saraiva

Editora Saraiva

Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30
E-mail saraivajur@editorasaraiva.com.br
Acesse www.saraivajur.com.br

Filiais

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE
Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE
Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)
Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO
Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384 – Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL
SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951 – Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS
Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806 – Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO
Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS
Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ
Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA
Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS
Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)
Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO
Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL
Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 – Porto Alegre

SÃO PAULO
Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

ISBN 978-85-02-16876-3

Índice para catálogo sistemático:
1. Brasil : Processo civil 347.9(81)

Diretor editorial Luiz Roberto Curia
Diretor de produção editorial Lígia Alves
Editor Jônatas Junqueira de Mello
Assistente editorial Sirlene Miranda de Sales
Produtora editorial Clarissa Boraschi Maria
Preparação de originais Ana Cristina Garcia / Maria Izabel Barreiros Bitencourt Bressan / Liana Ganiko Brito Catenacci
Arte e diagramação Cristina Aparecida Agudo de Freitas / Isabel Gomes Cruz
Revisão de provas Rita de Cássia Queiroz Gorgati
Serviços editoriais Kelli Priscila Pinto / Elaine Cristina da Silva
Produção gráfica Marli Rampim
Produção eletrônica Ro Comunicação

Dúvidas?
Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.
A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

Índice

Título I – DA EXECUÇÃO

Capítulo I – Da execução em geral

1. Duas técnicas de execução
2. Da atividade executiva
3. Modalidades de execução
4. Princípios da execução
5. As partes na execução
    5.1. Legitimidade ativa
    5.2. Legitimidade passiva
6. Competência
7. Requisitos necessários para a execução
    7.1. Inadimplemento do devedor
    7.2. Título executivo
8. Requisitos do título executivo
9. Responsabilidade patrimonial
10. Liquidação de sentença
    10.1. Espécies de liquidação
        10.1.1. Liquidação por arbitramento
        10.1.2. Liquidação por artigos

Capítulo II – Das diversas espécies de execução

11. Execução das obrigações de dar coisa certa
12. Execução para entrega de coisa incerta
13. Execução das obrigações de fazer e não fazer
14. Execução por quantia certa contra devedor solvente
    14.1. Conceito
    14.2. Execução por quantia certa fundada em título judicial
        14.2.1. Intimação
        14.2.2. Multa
        14.2.3. Mandado de penhora e avaliação
        14.2.4. Defesa do executado

14.2.5. Impugnação
14.2.6. A impugnação e o efeito suspensivo
14.2.7. Procedimento da impugnação
14.2.8. Objeções e exceções de pré-executividade
14.2.9. Expropriação de bens
14.2.10. Arquivamento
14.3. Execução por quantia certa fundada em título extrajudicial
14.3.1. Citação
14.3.2. Penhora e avaliação
14.3.3. Intimação da penhora
14.3.4. Expropriação
14.3.4.1. Adjudicação
14.3.4.2. Alienação por iniciativa particular
14.3.4.3. Alienação judicial
14.3.4.4. Do usufruto de imóvel ou de móvel
14.3.5. Remição
15. Execução contra a Fazenda Pública
16. Execução de prestação alimentícia
17. Defesa do devedor em juízo na execução por título extrajudicial
17.1. Objeções e exceções de pré-executividade
17.2. Ações de conhecimento autônomas
17.3. Embargos à execução
17.3.1. Introdução
17.3.2. Competência
17.3.3. Prazo para a oposição
17.3.4. O objeto dos embargos
17.3.5. Recebimento dos embargos e efeito suspensivo
17.3.6. Procedimento nos embargos
17.3.7. Sentença nos embargos
17.4. Embargos de segunda fase
17.5. Exceções de incompetência, suspeição e impedimento
18. Execução por quantia certa contra devedor insolvente
18.1. Insolvência requerida pelo credor
18.2. Insolvência requerida pelo devedor ou seu espólio
18.3. A declaração judicial de insolvência

19. Suspensão e extinção das execuções

Título II – DO PROCESSO CAUTELAR

Capítulo I – Das medidas cautelares em geral

20. Características do processo cautelar

20.1. Autonomia

20.2. Instrumentalidade

20.3. Urgência

20.4. Sumariedade da cognição

20.5. Provisoriedade

20.6. Revogabilidade

20.7. Inexistência de coisa julgada material

20.8. Fungibilidade

21. O poder geral de cautela do juiz

22. Direito substancial de cautela

23. Tutela cautelar e tutela antecipatória

24. O mérito nas ações cautelares

25. Tutela cautelar e liminares

26. Procedimento cautelar

26.1. Cautelares preparatórias e incidentais

26.2. Competência

26.3. Petição inicial

26.4. Liminar

26.5. Eficácia da medida cautelar

26.6. Citação e contestação

27. Responsabilidade civil do requerente

Capítulo II – Procedimentos cautelares específicos

28. Do arresto

28.1. Conceito

28.2. Requisitos

28.3. Procedimento

29. Do sequestro

29.1. Conceito

29.2. Requisitos

29.3. Procedimento

30. Da caução
    30.1. Conceito
    30.2. Espécies
    30.3. Procedimento
31. Da busca e apreensão
    31.1. Conceito
    31.2. Procedimento
32. Da exibição
    32.1. Conceito
    32.2. Procedimento
33. Da produção antecipada de provas
    33.1. Conceito
    33.2. Procedimento
34. Dos alimentos provisionais
    34.1. Conceito
    34.2. Procedimento
35. Do arrolamento de bens
    35.1. Conceito
    35.2. Procedimento
36. Da justificação
    36.1. Conceito
    36.2. Procedimento
37. Dos protestos, notificações e interpelações
    37.1. Conceito
    37.2. Procedimento
38. Da homologação do penhor legal
    38.1. Conceito
    38.2. Procedimento
39. Da posse em nome do nascituro
    39.1. Conceito
    39.2. Procedimento
40. Do atentado
    40.1. Conceito
    40.2. Procedimento
41. Do protesto e da apreensão de títulos
    41.1. Conceito

42. De outras medidas provisionais

Título I
DA EXECUÇÃO

Capítulo I
DA EXECUÇÃO EM GERAL

1 DUAS TÉCNICAS DE EXECUÇÃO

Uma das grandes preocupações do legislador processual civil, quando da edição do Código de 1973, foi separar, em processos estanques, os atos de cognição, que se prestavam a formar a convicção do juiz a respeito de qual dos litigantes tinha razão, dos atos de execução, destinados a tornar realidade o direito que já gozava de um grau de certeza suficiente.

A sentença judicial condenatória, ainda que transitada em julgado, não se cumpria automaticamente. Era preciso contar com a boa vontade do devedor para que adimplisse a obrigação a que fora condenado. Se não, fazia-se necessário ajuizar um processo de execução, nos mesmos autos, mas autônomo, no qual seriam praticados os atos satisfativos, destinados a efetivar o que fora determinado pelo juiz.

No sistema originário do Código de Processo Civil, não havia distinções relevantes entre a execução por título judicial e extrajudicial. O Livro II tratava, de forma indistinta, de ambas.

Nos últimos anos, o Código passou por sucessivas transformações, que alteraram por completo o sistema inicialmente adotado.

A primeira modificação foi atribuir, às sentenças condenatórias de obrigação de fazer ou não fazer, cunho mandamental. De acordo com o art. 461 e seus parágrafos, quando julga procedente o pedido de condenação a esse tipo de obrigação, o juiz expede uma ordem ao devedor. Se ele não a atende, desnecessário processo autônomo de execução. Basta que se postulem as providências previstas nos §§ 4º, 5º e 6º do art. 461 para efetivar a determinação judicial.

O processo de execução autônomo de obrigações de fazer e não fazer, tratado nos arts. 632 e s. do CPC, ficou reservado àquelas obrigações que figurem em um título executivo extrajudicial.

Novo passo para separar as execuções fundadas em título judicial e extrajudicial foi dado com a introdução do art. 461-A, que trata das obrigações de entrega de coisa.

Antes, quando a sentença condenava o réu a cumpri-las, era preciso ajuizar um processo autônomo de execução, no qual o devedor era citado para promover a entrega, sob pena de busca e apreensão ou imissão de posse,

conforme o bem fosse móvel ou imóvel.

Mas, com as alterações acrescentadas pela Lei n. 10.444, de 7 de maio de 2002, a sentença que condena na entrega de coisa é mandamental, e dispensa posterior processo de execução. De acordo com o § 2º do art. 461-A, "não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel". Não há mais um processo distinto para satisfazer o credor. O processo de execução para entrega de coisa, tratado no Livro da Execução, ficou reservado apenas para aquelas obrigações fundadas em título extrajudicial.

Mas a maior de todas as alterações foi a trazida pela Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005, com uma *vacatio legis* de 6 meses a contar de sua publicação.

O cumprimento das sentenças condenatórias em obrigação de fazer ou não fazer e de entrega de coisa continua sendo feito na forma dos arts. 461 e 461-A. Mas a lei modificou a execução das obrigações por quantia certa. Ao fazê-lo, acabou por transformar a própria estrutura do processo como um todo.

Antes, se imaginássemos uma ação com um pedido de cobrança, desde o ajuizamento da demanda até a satisfação da obrigação, seria possível identificar até três processos distintos nos mesmos autos: o de conhecimento, de natureza condenatória; o de liquidação (também de natureza cognitiva), caso o valor da condenação não fosse líquido; e o de execução. Em cada um deles — dada a sua autonomia — era preciso promover-se uma nova citação do réu. Havia uma sentença, que punha fim ao processo de conhecimento; outra, ao processo de liquidação, e uma terceira, que encerrava o de execução.

A nova lei modificou essa sistemática e passou a considerar todo o procedimento, desde o aforamento da demanda até a satisfação da execução, como um processo único. Os antigos processos de conhecimento, de liquidação e de execução passaram a ser fases de um processo só. Daí a denominação, que vem sendo sugerida pela doutrina, de processo sincrético, que contém fases cognitivas e executivas.

Disso advém numerosíssimas consequências, de grande relevância para o processo. A primeira é a modificação do conceito de sentença, no processo de conhecimento. Antes, ela era sempre o ato que punha fim ao processo. Sua natureza não dependia de seu conteúdo, mas de sua aptidão de encerrar o processo em primeiro grau de jurisdição.

Com a reformulação, a sentença só porá fim ao processo se o extinguir sem resolução de mérito. A sentença que resolve o mérito não põe mais fim ao processo, mas apenas à fase cognitiva em primeiro grau. O processo deverá prosseguir, oportunamente, com a fase de liquidação e a fase de execução, para só então encerrar-se.

Essa modificação no conceito de sentença despertou enorme controvérsia, que merece ser considerada. Enquanto ato que punha fim ao processo, a sentença havia de ser sempre única, porque o processo não pode ter dois términos.

Por isso, quando a aptidão para por fim ao processo deixou de fazer parte do conceito de sentença, parte da doutrina passou a considerar a possibilidade de, no mesmo processo, o juiz proferir duas sentenças diferentes. Era o que ocorria, por exemplo, quando o autor formulava dois pedidos condenatórios cumulados, em que um envolvia apenas matéria de direito, enquanto o outro dependia de provas. Passou-se a sustentar a possibilidade de o juiz julgar antecipadamente, por sentença, o primeiro pedido, e determinar o prosseguimento do processo, com a colheita de provas, em relação ao segundo.

Os dois pedidos teriam sido julgados por sentenças diferentes, o que teria se tornado admissível, uma vez que sentença deixou de ser qualificada como ato que põe fim ao processo, passando a ser o ato que julga o pedido.

Essa solução trazia preocupação, por causa do recurso, que continuava sendo o de apelação. Mas os autos não poderiam subir para o exame do recurso, porque o processo prosseguia em relação aos demais pedidos.

Já transcorrido algum tempo da entrada em vigor da lei, parece--nos que a melhor solução será considerar a sentença não apenas o ato que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 do CPC (como estatui o art. 162), mas também o ato que, ou põe fim ao processo, ou põe fim à fase de condenatória. Com isso, a sentença passa a ser definida por duas qualidades: o seu conteúdo, e a sua aptidão para pôr fim, senão ao processo, ao menos à fase condenatória, com o que se evita a possibilidade de haver mais de uma sentença na mesma fase. Essa solução afasta qualquer dúvida quanto ao recurso adequado: contra as decisões do juiz que não ponham fim ao processo ou à fase cognitiva em primeiro grau, o recurso será o agravo.

Com as alterações, deixa de existir um processo de liquidação autônomo. A Lei n. 11.232/2005 revogou os arts. 603 a 611 do CPC e passou a considerar a liquidação como uma fase do processo sincrético. O tema passou a ser tratado no livro referente ao processo de conhecimento, e não mais no de execução (arts. 475-A a 475-H).

Com isso, não há mais necessidade de citação do devedor, bastando que haja intimação do advogado. A liquidação deixou de ser julgada por sentença, mas por decisão interlocutória, contra a qual cabe agravo de instrumento.

Por fim, também foram grandes as consequências para a execução: deixou de existir um processo de execução por título judicial. Ele já não existia para entrega de coisa e obrigação de fazer ou não fazer, fundada em título judicial. Agora, não existe mais nenhum tipo de execução por título judicial, nem mesmo por quantia, como processo autônomo (salvo a de sentença arbitral, penal condenatória e estrangeira).

Ela tornou-se uma fase do processo sincrético e vem tratada no capítulo "Do cumprimento da sentença", introduzido no Livro do Processo de Conhecimento.

Várias são as consequências daí derivadas. Deixou de existir um processo autônomo de execução fundada em título executivo judicial. A exceção são as liquidações e execuções de sentença penal condenatória, sentença estrangeira e sentença arbitral. Como não há processo civil prévio

de conhecimento, não é possível considerá-las uma fase. Tanto uma como a outra continuarão constituindo processos autônomos, em que haverá necessidade de citação do devedor (art. 475-N, parágrafo único).

Afora essas exceções, passou a existir uma fase de execução, subsequente à cognitiva. Por isso, não há mais citação do devedor, para pagar ou nomear bens à penhora. De acordo com o art. 475-J, "caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de 15 dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação".

O dispositivo não menciona a partir de quando correrá o prazo de 15 dias, dando a entender que bastará que a condenação se torne eficaz e líquida, e que não haja recurso com efeito suspensivo para que o prazo corra. Mas parece-nos que será temerário que assim seja, sendo sempre necessário que o devedor seja intimado. Para que não se prejudique a celeridade do processo, em prejuízo do credor, essa intimação não precisará ser pessoal, mas na pessoa do advogado. Essa solução coaduna-se com a nova lei, já que também da penhora o executado é intimado na pessoa do advogado. Não nos parece que o prazo corra automaticamente, o que poderá trazer incontáveis dúvidas sobre o termo inicial da sua contagem.

A fase de execução, no processo sincrético, pode ser definitiva ou provisória. A Lei n. 11.232/2005 revogou os arts. 588 a 590, e passou a tratar do assunto nos arts. 475-I e 475-O.

A execução autônoma, fundada em título extrajudicial, é, em regra, definitiva. Até a entrada em vigor da Lei n. 11.382/2006, essa regra não tinha exceções. Porém, há hoje um caso de execução provisória fundada em título extrajudicial: aquela que se realiza enquanto pende apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, desde que eles tenham sido recebidos no efeito suspensivo (art. 587).

Os títulos executivos judiciais deixaram de ser tratados no Livro do Processo de Execução, tendo sido revogado o art. 584 do CPC. Agora, eles estão enumerados no art. 475-N, e são aptos a desencadear a fase executiva.

A defesa, na fase executiva do processo sincrético, não é mais feita por embargos, que só cabem na execução por título extrajudicial. Na execução por título judicial, o devedor terá a oportunidade de oferecer uma impugnação em 15 dias, a contar da data em que é intimado, na pessoa de seu advogado, ou na falta deste, de seu representante legal, se o credor não preferir que ela seja pessoal.

Essa impugnação não tem natureza jurídica de nova ação, como os embargos, mas de mero incidente processual. Por isso, salvo se for acolhida, resultando na extinção do processo (caso em que caberá apelação), será julgada por decisão interlocutória, contra a qual caberá agravo de instrumento.

A amplitude cognitiva dessa impugnação também é limitada, tal como era a dos embargos à execução por título judicial. Somente as matérias indicadas no art. 475-L, em caráter taxativo, serão examinadas.

Tanto os embargos quanto a impugnação não têm efeito suspensivo, salvo se o juiz o conceder, desde que relevantes os seus fundamentos e que o prosseguimento da execução seja manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano, de difícil ou incerta reparação.

Para a concessão de efeito suspensivo aos embargos é ainda preciso que a execução esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes (art. 739-A, § 1º). O efeito suspensivo é excepcional. Só em casos específicos, desde que preenchidos os requisitos indicados nos arts. 475-M ou 739-A, do CPC, poderá ser atribuído pelo juiz.

A lei manda que impugnação processe-se em autos separados, para não tumultuar a execução. Mas, se esta ficar suspensa, a impugnação será decidida e instruída nos próprios autos.

Com todas essas modificações, consolidou-se em definitivo a tendência, já manifestada há tempos, de estabelecer duas formas distintas de execução: aquela que é objeto de processo autônomo, e que está fundada em título executivo extrajudicial; e aquela que constitui apenas uma fase de um todo maior, a sequência de um processo que já vinha correndo, e que resultou na formação de um título executivo judicial.

Deixou de haver, pois, o sistema único de execução, e surgiu um sistema dual.

Não é que tenha deixado de existir a execução de título judicial. O que deixou de haver foi um processo autônomo para isso. Pode-se dizer que o Código adota agora duas técnicas de execução: a imediata, isto é, aquela feita sem a instauração de um processo independente, adotada para a satisfação do credor munido de título executivo judicial; e a autônoma, que implica a formação de um novo processo, com a necessidade de citar-se o devedor, reservada para os títulos executivos extrajudiciais.

Quadro sinótico – Panorama das principais inovações recentes da execução civil

2 DA ATIVIDADE EXECUTIVA

O processo de conhecimento, ao qual o Código de Processo Civil dedica o Livro I, visa a aplicação do direito ao fato concreto.

O juiz, com o emprego de atividade essencialmente intelectiva, faz derivar da aplicação da norma jurídica geral e abstrata aos fatos que lhe são submetidos a regra positiva concreta.

Na execução, a atividade jurisdicional é diversa, pois o que se pretende é fazer atuar, por meio de atos materiais, a norma concreta. Não se busca

elaborar o comando que regulará os casos submetidos à apreciação judicial, mas fazer atuar esse comando, pela modificação da realidade sensível.

Daí a importância extraordinária da execução. Sem ela, o titular de um direito estaria privado da possibilidade de satisfazer-se sem a colaboração do devedor.

A atividade executiva pode ser imediata, sem processo autônomo, o que pressupõe prévia atividade cognitiva, sem a qual o direito não adquire a certeza necessária para que se possa invadir, coercitivamente, o patrimônio do devedor. E pode ser autônoma, caso em que se prescinde do prévio processo de conhecimento, porque a lei outorga eficácia executiva a certos títulos, atribuindo-lhes a certeza necessária para desencadear o processo de execução.

3 MODALIDADES DE EXECUÇÃO

A execução por título judicial (cumprimento de sentença) constitui apenas uma fase de um processo maior, e é sempre precedida de atividade cognitiva; a por título extrajudicial implica sempre a formação de um processo autônomo, e pressupõe um documento a que a lei tenha atribuído eficácia executiva.

Os títulos executivos judiciais e extrajudiciais têm o condão de desencadear a execução: a fundada nos primeiros é sempre imediata, enquanto a fundada nos segundos é sempre autônoma.

A execução por título judicial, que constitui uma fase do processo sincrético, pode ser definitiva ou provisória. Nos termos do art. 475-I, § 1º, do CPC, é definitiva a execução de sentença transitada em julgado, e provisória a da que foi impugnada mediante recurso sem efeito suspensivo. Também é provisória a execução das decisões de antecipação de tutela (CPC, art. 273, § 3º).

Fundada em título extrajudicial, a execução é, em regra, definitiva. Mas, se tiver havido oposição de embargos recebidos com efeito suspensivo, enquanto pender apelação da sentença que os julgou improcedentes, ela será provisória. Para isso, são necessários dois requisitos: que o juiz tenha atribuído aos embargos o efeito suspensivo, o que só ocorrerá excepcionalmente, na hipótese do art. 739-A, § 1º, e que tenha havido apelação da sentença que os julgou improcedentes. A execução terá ficado suspensa até o julgamento dos embargos. Como eles foram improcedentes, ela poderá prosseguir, já que a apelação não tem efeito suspensivo, por força do art. 520, V, do CPC. No entanto, será provisória, e não definitiva (art. 587 do CPC, com redação dada pela Lei n. 11.382/2006).

Com a edição da Lei n. 11.382/2006, ficou revogada, ao menos em parte, a Súmula 317 do Superior Tribunal de Justiça, que assim dispunha: "É definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os embargos", já que, se aos

embargos tiver sido dado efeito suspensivo, a execução, enquanto pende apelação, será provisória.

A execução provisória está regulada no art. 475-O do CPC. Conquanto esse dispositivo esteja no capítulo do cumprimento da sentença, aplica-se supletivamente à execução provisória fundada em título extrajudicial (CPC, art. 587). Enquanto a definitiva realiza-se nos autos principais, a provisória faz-se por autos suplementares, que deve atender aos requisitos do art. 475-O, § 3º. Ela se faz necessária porque é preciso remeter os autos principais à superior instância para apreciação do recurso.

A execução da decisão que concede antecipação de tutela, embora provisória, não exige a extração de autos suplementares, porque os autos principais permanecerão no juízo de origem.

No entanto, a execução será processada em apenso, sob pena de tumultuar o andamento do processo.

Faz-se a execução provisória do mesmo modo que a definitiva. No entanto, há certos limites que o legislador impõe a quem executa em caráter provisório, e que não podem ser transpostos, senão quando a execução torna-se definitiva.

A execução provisória corre por conta e risco do exequente, que terá de indenizar os prejuízos que causar, caso a sentença seja reformada.

A principal diferença entre ela e a definitiva é a necessidade de caução, a ser prestada pelo credor, para garantir ao devedor o ressarcimento, em caso de modificação do julgado.

Mas essa caução não precisa ser prestada desde o início. Ela será exigida apenas em três situações: quando houver levantamento de dinheiro, prática de atos que importem alienação de domínio ou prática de atos dos quais possa resultar grave dano ao executado. Fora dessas hipóteses, a caução é desnecessária.

Mesmo que elas se verifiquem, a caução será dispensada se o crédito for de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta salários mínimos, e o exequente demonstrar situação de necessidade; e quando a execução for provisória porque pende agravo no STF ou STJ (art. 544), salvo quando a dispensa puder causar grave dano, de difícil ou incerta reparação. A Lei n. 11.232/2005 acrescentou ao CPC essa última hipótese de dispensa de caução, bem como a referente à indenização por ato ilícito.

No caso de dispensa na execução de alimentos, caso haja alteração do julgado, o prejuízo do devedor será irreversível, porquanto os alimentos são, por natureza, irrepetíveis. Mas a regra se justifica, dada a necessidade de prover o sustento dos que se encontram em situação de necessidade e não têm condições de prestar a caução. Optou o legislador por proteger o sustento do alimentando, em detrimento do patrimônio do alimentante.

Embora a lei estabeleça que o juiz pode dispensar a caução, parece-nos que não há discricionariedade. Desde que verificada a hipótese legal, a dispensa é um direito do exequente.

A caução será fixada de ofício pelo juiz, e será prestada nos próprios autos, sem a necessidade do procedimento autônomo dos arts. 829 e 830 do CPC.

Se, no curso da execução provisória, sobrevier sentença modificando ou anulando a que está sendo executada, as coisas deverão ser restituídas ao estado anterior. Se a modificação ou anulação for parcial, somente nessa parte ficará sem efeito a execução. Como ela corre por sua conta, o exequente deve indenizar o executado dos prejuízos que teve no processo, conforme liquidação a ser realizada no mesmo processo.

É possível, ainda, classificar a execução de acordo com a natureza da prestação devida. Tanto as execuções imediatas, fundadas em título judicial, como as autônomas podem ter por objeto obrigações de fazer ou não fazer, de entregar coisa ou quantia. A execução imediata de obrigação de fazer ou não fazer é tratada no art. 461 e parágrafos, ao passo que a autônoma é objeto dos arts. 632 e s.; a imediata, nas obrigações de entrega de coisa, é tratada no art. 461-A e parágrafos, enquanto a autônoma, nos arts. 621 e s. Por fim, a execução imediata das obrigações por quantia certa é tratada nos arts. 475-I a 475-R, enquanto a autônoma é objeto dos arts. 646 e s. (contra devedor solvente) e 748 e s. (contra devedor insolvente).

Em todas as suas formas, a execução deve buscar a satisfação do credor, atribuindo-lhe aquilo que obteria caso tivesse havido o adimplemento da obrigação: a execução, como regra, deve ser específica.

Há situações em que ela se inviabiliza, por razões materiais (p. ex., o perecimento da coisa, nas obrigações de dar) ou pessoais (a recusa do devedor em realizar determinada prestação de fazer, de caráter personalíssimo). Quando isso ocorrer, e não for possível obter resultado equivalente, a obrigação converter-se-á em perdas e danos.

Para obter a satisfação do credor, o legislador faz uso de dois tipos de mecanismo: os de coerção e os de sub-rogação. Nos primeiros, o Estado-juiz impõe meios de pressão (p. ex., a imposição de multa diária pelo atraso) para que o próprio devedor cumpra a obrigação que lhe foi imposta; nos segundos, o Estado-juiz substitui-se ao devedor no cumprimento da obrigação. Por exemplo, se ele não paga, o Estado apreende os seus bens, vende-os em hasta pública e, com o produto, paga o credor. Ambas as técnicas de execução podem ser utilizadas tanto na execução imediata como na autônoma.

Os arts. 571 e 572 do CPC cuidam das obrigações alternativas e sujeitas a termo ou condição. Nas primeiras, o credor já deve fazer a escolha na petição inicial, salvo se ela couber ao devedor, que então será citado para exercer a opção e cumprir a obrigação em 10 dias, sob pena de devolvê-la ao credor. Se a relação jurídica estiver sujeita a termo ou condição, só com a prova de que foram implementados a execução poderá ter início.

4 PRINCÍPIOS DA EXECUÇÃO

Entre os princípios frequentemente indicados pela doutrina estava o da autonomia da execução, decorrente da instauração de uma relação processual distinta daquela formada no processo de conhecimento. Mas esse princípio

não pode mais ser aplicado às execuções em geral, mas tão somente àquelas fundadas em título executivo extrajudicial, pois só estas implicam a formação de um novo processo.

As execuções fundadas em título judicial constituem apenas uma fase de um processo maior, e não gozam mais de autonomia (ao menos como processo, embora continuem gozando de autonomia, como fase processual distinta da anterior), o que torna desnecessária nova citação. A exceção são as execuções de sentenças penais condenatórias, arbitrais e estrangeiras, que correm no juízo cível competente, e que continuam formando processo autônomo, já que não são precedidas de processo de conhecimento civil. O seu procedimento é idêntico ao da execução por títulos judiciais em geral, com a exceção de que, em vez de simplesmente intimado, o devedor terá de ser citado (art. 475-N, parágrafo único).

São seis os principais princípios da execução. Embora venham em regra indicados em dispositivos do Livro do Processo de Execução, aplicam-se também às execuções imediatas, tratadas no Livro do Processo de Conhecimento. O art. 475-R determina: "Aplicam-se subsidiariamente ao cumprimento da sentença, no que couber, as normas que regem o processo de execução de título extrajudicial".

a) *Princípio da patrimonialidade*. A garantia do débito é o patrimônio, e não a pessoa do devedor.

É o que dispõe o art. 591 do CPC: todos os bens do devedor, presentes e futuros, respondem por suas obrigações, salvo restrições estabelecidas em lei. São exceções apenas as dívidas de alimentos, que permitem a prisão civil, em caso de inadimplemento.

b) *Princípio do exato adimplemento*. A execução faz-se no interesse do credor (CPC, art. 612), e deve garantir-lhe o mesmo resultado que decorreria do adimplemento da obrigação (execução específica), ressalvada a excepcional conversão em pecúnia. Por isso, a execução não atingirá o patrimônio do devedor, senão naquilo que for necessário para a satisfação do credor.

O art. 659 do CPC determina que serão penhorados tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal, juros, custas e honorários advocatícios. E, quando a penhora atingir vários bens, a expropriação será suspensa, logo que o produto da alienação for bastante para o pagamento do credor (CPC, art. 692, parágrafo único). Como a execução é realizada no seu interesse, tem o credor plena disponibilidade do processo, podendo desistir de toda a execução ou de apenas algumas medidas executivas, a qualquer tempo.

A desistência dependerá da anuência do devedor somente quando ele tiver oposto embargos à execução ou tiver apresentado impugnação, na execução por título judicial, e eles não versarem apenas questões processuais (CPC, art. 569 e parágrafo único). Sempre que desistir da execução embargada ou impugnada e a desistência for homologada, o credor deve suportar as custas, despesas processuais e honorários advocatícios (CPC, arts. 26 e 569, parágrafo único, *a*).

c) *Princípio da utilidade*. Não se admite o uso da execução apenas para trazer

prejuízo ao devedor, sem que reverta em benefícios ao credor. Por isso, a penhora não será levada a efeito quando evidente que o produto da execução dos bens encontrados for totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução (CPC, art. 659, § 2º).

d) *Princípio da menor onerosidade*. Deve ser conjugado com os demais. A execução faz-se no interesse do credor. Porém, quando por vários meios puder ser obtida a satisfação do credor, o juiz mandará que a execução se faça do modo menos gravoso ao devedor (CPC, art. 620). Com isso, evitam-se gravames desnecessários, quando o credor tem outros meios para tornar concretos os seus direitos.

e) *Princípio da responsabilidade do devedor*. Incumbe ao devedor a responsabilidade pelas custas, despesas do processo e honorários de advogado. Assim, as despesas com edital, seja o de citação, seja o de intimação, seja o que precede às hastas públicas, com avaliação de bens e todas as outras que se fizerem necessárias ao bom andamento da execução, serão carreadas ao devedor.

É frequente que o credor tenha de antecipar o pagamento de tais despesas, sob pena de não haver como prosseguir a execução. No entanto, feita a antecipação, as despesas serão incluídas no débito e suportadas pelo devedor.

f) *Princípio do contraditório*. Controversa a incidência do princípio do contraditório no processo de execução. Inequívoco, porém, que, embora de forma mitigada, e com características peculiares, ele é aplicável.

Não se deve olvidar que no processo de conhecimento busca-se obter um provimento jurisdicional que declare o direito aplicável ao caso concreto, ao passo que na execução o provimento jurisdicional é eminentemente satisfativo.

A execução parte de uma certeza de direito que o processo de conhecimento tem por fim produzir. Daí por que o contraditório tem de ser adequado a tais circunstâncias.

A doutrina da inexistência do contraditório na execução foi sustentada, muitas vezes, com o argumento de que não há julgamento de mérito, como no processo de conhecimento. Efetivamente, inexiste julgamento de mérito na execução. No entanto, nem por isso se há de sustentar a completa inexistência do contraditório.

No curso da execução, o juiz emite uma série de juízos de valor. Por exemplo, deve examinar se está fundada em título e se o que está sendo postulado corresponde ao que nele consta. Também deve determinar, entre os vários meios pelos quais se possa realizar a execução, qual deles seja o menos gravoso. Por outro lado, deve determinar a prática de atos que, de forma eficaz e rápida, permitam que a execução logre atingir sua finalidade precípua.

O juiz profere, no curso da execução, diversas decisões, devendo assegurar às partes a possibilidade de manifestação. A Constituição Federal garantiu a adoção do contraditório em todos os processos judiciais (CF, art. 5º, LV), sem fazer qualquer ressalva, o que torna incontroversa a sua aplicação na execução civil, seja ela um processo autônomo, seja uma fase de

um processo maior.

A inexistência de julgamento de mérito não se confunde com a ausência de mérito na execução. O mérito é a pretensão levada a juízo, o pedido formulado na demanda, que constitui o objeto do processo (ou da fase executiva). Ora, na execução há uma pretensão que é formulada em juízo e que constitui o seu objeto: a satisfação do credor.

No processo de conhecimento, o que se pede é que o juiz profira uma sentença que contenha um comando, declarando o direito aplicável ao caso concreto que lhe foi submetido (acertamento). Na execução, o juiz não proferirá sentença de acertamento, porque a certeza do crédito é pressuposta. Desde que atendidas as condições da ação executiva e preenchidos os pressupostos processuais, ele atenderá à pretensão formulada pelo credor, determinando a prática de atos executivos, que garantam a satisfação do credor.

Portanto, há mérito na execução, porque existe pretensão posta em juízo. Porém, inexiste julgamento de mérito, porque a pretensão executiva não estará sujeita a uma sentença de acertamento.

5 AS PARTES NA EXECUÇÃO

Não há diferença entre a legitimidade, na execução de título judicial e extrajudicial. Assim, aquilo que será tratado nos capítulos seguintes vale para ambas.

5.1. LEGITIMIDADE ATIVA

Como regra geral, a execução há de ser promovida por quem figure no título executivo como credor (CPC, art. 566, I). Daí que a legitimidade das partes vai ser, quase sempre, aferida pelo que constar do título executivo.

O credor deve ter capacidade processual, que necessitará ser integrada pelos institutos da representação e da assistência, caso ele seja absoluta ou relativamente incapaz. A petição inicial há de vir firmada por quem tenha capacidade postulatória, o que demandará a outorga de procuração a advogado.

A lei também atribui ao Ministério Público legitimidade para promover a execução, nos casos por ela previstos. Ele poderá atuar no processo como parte, e, nesse caso, sempre lhe será dado promover a execução da sentença condenatória. Quando o órgão do *parquet* atuar como fiscal da lei, a sua legitimidade para ajuizar a execução depende de autorização legal. É o que ocorre, por exemplo, nas ações civis públicas, quando decorre o prazo de 1 ano sem que se habilitem interessados, em número compatível com a gravidade do dano (Lei n. 8.078/90, art. 100).

É admissível na execução o litisconsórcio, tanto ativo como passivo.

No entanto, ele será quase sempre facultativo (as hipóteses de litisconsórcio necessário em execução ficam restritas às obrigações de fazer incindíveis, ou às relacionadas a entrega de coisa indivisível). Ainda que sejam numerosos os credores, cada um poderá, livremente, executar a parte que lhe caiba, ou até a totalidade da dívida, na hipótese de solidariedade ativa. Mas não se pode obrigar a totalidade dos credores a demandar conjuntamente.

Não se admite, também, no processo ou na fase de execução, qualquer das formas de intervenção de terceiro. Ainda que tenha havido essa intervenção no processo de conhecimento, ela não se estenderá à execução. Nem mesmo a assistência, que tem sido aceita nos embargos de devedor, é compatível com o processo de execução. Afinal, defere-se a assistência quando alguém que não é parte tem interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma das partes. E, no processo de execução, não haverá sentença em favor de alguém, mas a satisfação do crédito, consubstanciado em um título executivo.

A Lei n. 11.232/2005 revogou o art. 570, do CPC, que atribuía ao devedor legitimidade para requerer a citação do credor a vir receber, em juízo, o que lhe cabia, conforme título executivo judicial, quando então o devedor assumia posição idêntica à do exequente. Tratava-se de verdadeira ação de consignação em pagamento, com a peculiaridade de utilizar os mesmos autos em que proferida a sentença.

Essa possibilidade não é mesmo compatível com a sistemática introduzida pela nova lei, em que a execução de título judicial deixa de ser processo autônomo e passa a ser uma fase de um processo maior. Não se justificaria uma ação de consignação em pagamento, no bojo de um processo único, em que a fase cognitiva já foi ultrapassada.

Mas, se o devedor quiser liberar-se da obrigação, pode fazer uso da ação autônoma de consignação em pagamento.

O art. 567, do CPC, que se aplica também às execuções por títulos judiciais (art. 475-R), elenca situações em que é atribuída legitimidade ativa a pessoas que não participaram da formação do título, mas tornaram-se sucessoras do credor, por ato *inter vivos* ou *mortis causa*.

Assim, quando o credor falecer, o seu espólio, seus herdeiros ou sucessores poderão promover a execução dos direitos resultantes do título executivo. Enquanto não tiver havido partilha de bens, a legitimidade ativa para a execução será do espólio. Após a partilha, extingue-se o espólio, e o credor deve ser sucedido por seus herdeiros ou sucessores. Se a morte do credor ocorrer após o ajuizamento da execução, a sucessão no polo ativo far-se-á na forma do art. 43 do CPC.

Também tem legitimidade ativa para promover, ou prosseguir na execução, o cessionário, por ato *inter vivos.* A cessão de crédito deve ser feita na forma do art. 286 do CC. Feita antes de haver lide executiva pendente, ela transfere desde logo ao cessionário a legitimidade ativa para dar-lhe início. Se a cessão é feita após a citação no processo de execução por título extrajudicial, o cessionário assumirá o polo ativo, não havendo necessidade de obedecer ao disposto no art. 42, § 1º, do CPC, como decidiu o Pleno do colendo Supremo Tribunal Federal (RE 97.461-0-AgRg-RJ).

Por fim, o legislador atribui legitimidade ativa ao sub-rogado, nos casos de sub-rogação legal ou convencional. O sub-rogado é aquele que paga dívida alheia, assumindo todos os direitos, ações e privilégios que eram atribuídos ao credor primitivo.

A sub-rogação pode decorrer de lei, como nas hipóteses do art. 346 do CC, ou da vontade dos interessados, como nas situações do art. 347. Permite-se ao sub-rogado dar início à execução, ou nela prosseguir. Assim, se um terceiro pagar a dívida, sub-rogando-se nos direitos do credor, será possível requerer o prosseguimento nos próprios autos, sem necessidade de extinguir-se a execução originária. O art. 595, parágrafo único, do CPC, faculta ao fiador que pagar a dívida prosseguir a execução do afiançado nos mesmos autos. Embora a norma refira-se especificamente ao fiador, toda vez que houver sub-rogação, poderá o sub-rogado prosseguir nos mesmos autos.

5.2. LEGITIMIDADE PASSIVA

A execução deve ser ajuizada, em regra, contra o devedor, reconhecido como tal, no título executivo. Essa observação assume maior relevância nas execuções de sentença penal condenatória. A sentença penal que condena o preposto não enseja a propositura de execução contra o preponente.

Embora responda pelos danos civis causados por seus empregados (Súmula 341 do STF), não há título executivo contra o patrão. Para que se possa atingir seu patrimônio, necessária a propositura de ação de conhecimento contra ele, na qual, no entanto, será desnecessária a prova de culpa do empregado, se tiver havido condenação criminal deste.

Morto o devedor, deverão ser demandados o espólio, enquanto não se ultimar a partilha, ou os herdeiros e sucessores, partilhados os bens. O valor da execução não poderá ultrapassar as forças da herança. Feita a partilha, cada herdeiro responderá na proporção da parte que lhe coube na herança. Se havia solidariedade passiva, morto um dos devedores solidários, seus herdeiros só serão obrigados a pagar a quota que corresponder a seu quinhão hereditário, salvo se a obrigação era indivisível (CC, art. 276).

Também é legitimado passivo o novo devedor, que assumiu o débito, com o consentimento do credor. Ao contrário do que ocorre com a cessão de crédito, que, em regra, independe do consentimento do devedor, a cessão de débito só se aperfeiçoa quando o credor anui. A anuência é necessária porque, feita a cessão, será o patrimônio do cessionário que passará a responder pelo débito.

O fiador judicial e o responsável tributário podem ser demandados em execução. Nessas duas hipóteses, cabível a execução, embora o fiador judicial e o responsável tributário não figurem no título executivo.

A fiança pode ser convencional ou judicial. Convencional é a que resulta de um contrato, e a judicial, de ato processual. Fiador judicial é aquele que, no curso do processo, presta garantia pessoal ao cumprimento da obrigação de uma das partes. Assim, quem prestar fiança judicial poderá ser executado pela obrigação afiançada. Para iniciar a execução basta a prova da existência de título executivo contra uma das partes e a demonstração de que

esse débito é garantido por fiança judicial.

A fiança convencional, a seu turno, só pode ensejar execução se houver título executivo contra o fiador. E, nos termos do art. 585, III, do CPC, os contratos de caução, entre os quais se inclui a fiança, constituem título executivo extrajudicial.

Em síntese, o fiador extrajudicial pode ser executado diretamente, em virtude do contrato de fiança, que é título executivo extrajudicial. O fiador judicial pode ser executado, não em virtude do contrato (na fiança judicial não há contrato), mas por ter ele, em consequência de um ato processual, garantido a obrigação de uma das partes. O fiador judicial é executado, portanto, mercê de um título no qual ele não figura. O mesmo vale para o responsável tributário.

6 COMPETÊNCIA

A execução fundada em título judicial será processada perante o juízo no qual o título se formou. Se a ação era de competência originária dos Tribunais, caberá a eles a sua execução.

Quando o título executivo for sentença penal condenatória, sentença estrangeira ou sentença arbitral, a execução correrá perante o juízo cível competente. Nesses casos, haverá execução autônoma, em que o devedor haverá de ser citado, e não simplesmente intimado.

O parágrafo único do art. 475-P do CPC introduz uma novidade importante: naquelas execuções que deveriam tramitar perante o juízo em que se processou a causa no primeiro grau de jurisdição, o exequente poderá optar pelo juízo do local onde se encontram bens sujeitos à expropriação ou pelo atual domicílio do executado, caso em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem.

Surgem, então, três foros competentes para a execução por título judicial comum: o do local em que correu o processo de conhecimento; aquele em que o executado tiver bens, o que pode facilitar a penhora, avaliação e expropriação; e o local do domicílio atual do executado, o que pode facilitar as intimações necessárias.

A escolha deve ser feita pelo credor, e não pelo devedor, que, por isso, não pode apresentar exceção de incompetência. O credor deverá propor a execução diretamente no foro de sua opção. Se este não coincidir com aquele em que correu o processo de conhecimento, será solicitada, pelo juízo da execução ao juízo de origem, a remessa dos autos do processo.

Isso pode trazer alguma dificuldade prática, porque cumprirá ao juízo da execução julgar eventual impugnação, na qual se poderá alegar falta ou nulidade de citação e inexigibilidade do título, vícios que advêm do processo de conhecimento, que correu em outro juízo. Haverá a possibilidade de um juízo declarar inexequível sentença proferida por outro. Mas isso é admitido em nosso ordenamento, e ainda na sistemática antiga era possível, em

embargos, reconhecer-se a falta de citação no processo de conhecimento (*querela nullitatis*) ou algum outro vício que pudesse tornar inexigível o título.

Do fato de a lei ter atribuído opções ao credor resulta que a competência para cumprimento de sentença, que sempre foi absoluta e funcional, ficou em parte relativizada. Afinal, o exequente poderá escolher onde demandar. Mas não por completo, pois se o credor propuser a demanda fora das opções que a lei lhe outorgou, o juiz deve dar-se por incompetente de ofício, sem necessidade de impugnação ou exceção. Trata-se de verdadeira objeção, por constituir matéria de ordem pública.

Para a execução por título extrajudicial, é competente o foro da praça de pagamento do título, se outro não houver sido eleito. Se o título não indicar a praça de pagamento, a execução deverá ser ajuizada no foro do domicílio do devedor. A competência para execução de título extrajudicial é relativa, podendo, pois, ser modificada; a incompetência, a seu turno, deve ser arguida pelo devedor, na ocasião oportuna.

Quadro sinótico – Execução

7 REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A EXECUÇÃO

7.1. INADIMPLEMENTO DO DEVEDOR

Para que o credor tenha interesse de agir, é necessário que o devedor se tenha tornado inadimplente, isto é, não tenha satisfeito espontaneamente obrigação líquida, certa e exigível, consubstanciada em título executivo. Sempre que o devedor satisfizer a obrigação, não haverá como prosseguir a execução; sempre que houver satisfação parcial, só se poderá prosseguir sobre o remanescente.

Quando houver prestações simultâneas, de sorte que nenhum contratante possa exigir a prestação do outro, antes de ter cumprido a sua, não se procederá a execução, se o devedor se propuser a cumprir a sua parte, empregando meios idôneos, e o credor recusar-se ao cumprimento da contraprestação. Trata-se de aplicação processual da exceção de contrato não cumprido prevista nos arts. 476 e 477 do CC. A *exceptio* só se aplica quando houver obrigações recíprocas e simultâneas.

7.2. TÍTULO EXECUTIVO

O título executivo é o documento dotado de eficácia para tornar

adequada a tutela executiva de determinada pretensão. É a existência do título executivo que viabiliza o ajuizamento da execução. Sem ele, não há como executar (*nulla executio sine titulo*), pois é o título que dá a certeza da existência do crédito, necessária para que a esfera patrimonial do devedor seja invadida.

Além de necessário para desencadear a execução, seja sob a forma de processo autônomo, seja como uma fase do processo anterior, o título é que dará os contornos e os limites da execução. Como ela pode gerar consequências graves, implicando desapossamento de bens do devedor, não se deixa ao alvedrio dos interessados atribuir a determinado documento força executiva. Somente o legislador é que pode fazê-lo, cabendo exclusivamente à lei discriminar quais os títulos executivos.

O Código de Processo Civil enumera os títulos executivos judiciais e extrajudiciais nos arts. 475-N e 585. Os primeiros ensejarão a execução imediata, nos mesmos autos, sem a formação de processo autônomo. Os segundos, a execução autônoma, tradicional.

Os títulos executivos judiciais são:

a) *Sentença proferida no processo civil que reconheça a existência da obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia*. A redação desse dispositivo é imperfeita, dando a impressão de que até mesmo as sentenças declaratórias poderiam ser executadas, o que, evidentemente, não é possível. Não basta que a sentença reconheça tais obrigações: é preciso que condene o réu a cumpri-las.

Foi alterado o conceito de sentença, pela Lei n. 11.232/2005. Ao modificar o disposto no art. 162, a nova lei deixou de considerar sentença como o ato que põe fim ao processo, e passou a tratá-la como o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269, isto é, há sentença quando o processo é extinto sem resolução de mérito, ou quando o juiz resolve o mérito, isto é, julga o pedido, ainda que, com isso, não ponha fim ao processo. Mas é preciso, para que haja sentença, que o ato judicial, se não puser fim ao processo, encerre ao menos a fase de conhecimento, como foi visto no capítulo inicial.

As sentenças declaratórias e constitutivas não autorizam, por desnecessário, a execução. O legislador não exige que a sentença civil tenha transitado em julgado. Afinal, ainda que haja recurso pendente será possível dar início à execução se ele não for dotado de efeito suspensivo.

b) *Sentença penal condenatória transitada em julgado*. Continua ensejando a formação de um processo autônomo de execução, já que não há prévio processo civil de conhecimento.

Há necessidade de que a condenação tenha transitado em julgado. Por força do princípio da presunção de inocência, a sentença criminal condenatória não poderá produzir efeitos, ainda que civis, enquanto não houver o trânsito em julgado.

É possível que determinados atos produzam efeitos na seara civil e no aspecto criminal. Desde que haja uma sentença criminal, transitada em julgado, não mais se pode discutir a culpa do agente. Se, do fato, resultar dano para a vítima, não haverá necessidade de que ela ingresse com uma ação

de conhecimento, pois a condenação criminal impede a rediscussão do *an debeatur*. Afinal, a prova exigida para a condenação criminal há de ser sempre mais sólida que a necessária na área cível. Além disso, no cível, a culpa, ainda que levíssima, é bastante para a responsabilização do agente.

Diante disso, tendo havido condenação criminal, só restará a apuração do *quantum debeatur*, o que se fará por meio de um processo de liquidação, em regra por artigos, no juízo cível.

A eficácia executiva da sentença penal condenatória pode trazer uma série de consequências processuais, algumas de difícil solução. Um atropelamento, por exemplo, pode ensejar a propositura de uma ação civil, ajuizada pela vítima, e de uma ação penal, ajuizada pelo Ministério Público. Em ambas, será réu o motorista atropelante. Na ação civil de reparação de danos, pretende a vítima obter título executivo judicial, hábil a ensejar a propositura de execução que permita a ela ressarcir-se. Pode ocorrer, porém, que, no curso da ação civil, sobrevenha sentença penal condenatória transitada em julgado do motorista atropelante. Nesse caso, a vítima já terá título executivo judicial, e o processo cível deverá ser extinto sem julgamento de mérito, por falta de interesse superveniente. Como a falta de interesse é superveniente, a verba de sucumbência deverá ser carreada ao réu, que foi quem deu causa à instauração da ação civil, ainda que tenha havido extinção sem resolução do mérito. A extinção deve-se ao fato de que a vítima já obteve o que pretendia no processo de conhecimento.

Ressalva-se, no entanto, a possibilidade de o feito prosseguir, se, já em fase adiantada, puder ele ser utilizado para a fixação do *quantum debeatur*, tornando despicienda futura liquidação, inexorável nas execuções civis de sentenças penais condenatórias.

Portanto, sempre que sobrevier sentença penal condenatória no curso de ação de reparação de danos, o juiz ou extinguirá o processo de conhecimento, ou determinará o seu prosseguimento apenas para a apuração do valor do débito.

Mais grave ainda é o problema da conflitância entre sentença civil e criminal, transitadas em julgado. Se o motorista atropelante, para usar o exemplo anterior, foi absolvido no crime, por falta de provas, e condenado no cível, inexistirá conflitância. Mas, se a ação civil for julgada improcedente, transitar em julgado e, mais tarde, for proferida sentença criminal condenatória, que também transitar em julgado, a incompatibilidade será manifesta.

Caberá, então, indagar da possibilidade de executar-se a sentença penal condenatória proferida contra o atropelante, se já houve sentença civil de improcedência.

A matéria é controversa. Alguns autores entendem que a resposta para tal indagação é afirmativa, porque a sentença penal condenatória é, por si só, bastante para ensejar a execução (nesse sentido, Humberto Theodoro Junior, *Processo de execução*, Leud, 1986, e Sálvio de Figueiredo Teixeira, *Código de Processo Civil anotado*, 6. ed., Saraiva, 1996, p. 404). No entanto, não há razão para que, na jurisdição civil, prevaleça a posterior condenação criminal. A execução civil da sentença penal condenatória encontrará óbice na

autoridade da coisa julgada que reveste a sentença civil de improcedência. Caberá ao lesado, se o desejar, promover ação rescisória dessa sentença, respeitados os requisitos exigidos pelo art. 485 do CPC e o prazo de 2 anos.

Nunca é demais lembrar que a sentença penal condenatória só poderá ser executada contra quem foi proferida. Assim, condenado o empregado, não há como executar o patrão, que poderá rediscutir, na esfera cível, a culpa do preposto. Isso porque ele, não tendo participado do processo criminal, não pode ser atingido pela sentença, sendo--lhe facultado rediscutir tudo o que tenha sido decidido. Da mesma forma, condenado o sócio, não há como executar a sociedade.

c) *Sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo*. A transação e a conciliação resolvem o mérito, na forma do art. 269, III, do CPC, e constituem título executivo desde que obriguem qualquer das partes a dar, fazer, não fazer, ou pagar. A lei explicitou a permissão que já vinha, há muito, sendo outorgada pelos tribunais e sugerida pela doutrina: o acordo pode ultrapassar os limites das questões postas em juízo.

d) *Sentença arbitral*. Haverá processo autônomo de execução, porque a sentença não foi precedida de processo de conhecimento civil. A sentença arbitral deve obedecer ao disposto na Lei n. 9.307/96, que expressamente revogou os arts. 1.072 a 1.102 do CPC. A lei a considera título executivo judicial, embora ela não seja produzida por um juiz, mas por um árbitro. O Supremo Tribunal Federal já reconheceu a constitucionalidade da arbitragem, e a desnecessidade de que a sentença arbitral seja homologada em juízo. Sua execução, no entanto, só pode ser feita judicialmente, já que exige atos de coerção.

e) *Acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente*. Essa hipótese foi introduzida pela Lei n. 11.232/2005 e não parece ter grande utilidade. Apenas explicita aquilo que já consta na hipótese *c*: a possibilidade de o juiz homologar qualquer acordo extrajudicial, respeitados os requisitos de validade dos negócios jurídicos em geral, e, com isso, o acordo adquirir força executiva. O art. 57 da Lei n. 9.099/95 já autorizava a homologação de acordos extrajudiciais, e vinha sendo aplicado mesmo fora dos limites do Juizado Especial.

f) *Sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça*. A Emenda Constitucional n. 45 retirou do Supremo Tribunal Federal a atribuição para homologar sentença estrangeira, passando-a ao Superior Tribunal de Justiça. Haverá aqui a formação de um processo autônomo de execução, com necessidade de citar, e não apenas intimar o devedor. Sem a homologação, a sentença carece de autoridade no território nacional. Homologada, a execução deverá ser ajuizada perante a justiça federal, na vara cível competente, de acordo com as regras gerais de competência do Código.

g) *Formal e certidão de partilha*, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal.

Como esses títulos só têm força em relação às pessoas mencionadas, se determinado bem da herança estiver com terceiro, não será possível

promover a execução, senão depois de passar pelo processo de conhecimento.

Há um título executivo judicial que não está previsto no rol do art. 475-N: a decisão que defere a tutela antecipada de natureza condenatória. Tal decisão enseja execução provisória. Não há, porém, ofensa ao princípio da taxatividade, porque a decisão concessiva da tutela antecipada está expressamente prevista em lei, e foi por ela criada (CPC, art. 273).

Os títulos executivos extrajudiciais estão enumerados no art. 585 do CPC. São eles:

"I — a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque".

A duplicata só é título executivo se aceita; não aceita, ela só terá força executiva se acompanhada do instrumento de protesto, do comprovante de entrega da mercadoria ou da prestação do serviço, e se o sacado não houver recusado o aceite, na forma como lhe é facultado na Lei das Duplicatas (Lei n. 5.474/68, arts. 7º, 8º e 15, II, *c*).

"II — a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores."

A redação desse dispositivo foi dada pela Lei n. 8.953/94. Antes disso, só havia execução do documento público ou do particular subscrito por testemunhas, que contivesse obrigação de pagar determinada quantia, ou de entregar coisa fungível. Essa restrição não mais existe, sendo possível a execução de obrigações de dar, fazer ou não fazer, contidas em tais documentos.

"III — os contratos garantidos por hipoteca, penhor, anticrese e caução, bem como os de seguro de vida."

Esse dispositivo incluía, em sua redação originária, os contratos de seguro de acidentes pessoais, que deviam vir acompanhados de documento médico que atestasse o grau de incapacidade da vítima. A Lei n. 11.382/2006, em boa hora, os excluiu do rol de títulos, porque raramente eles possuíam a certeza e liquidez, indispensáveis para a execução, o que gerava longas controvérsias a respeito do grau de incapacidade da vítima.

"IV — o crédito decorrente de foro e laudêmio."

O foro e o laudêmio estão relacionados ao direito real de enfiteuse, que não é tratado no Código Civil de 2002. Mas as constituídas anteriormente foram preservadas. O foro constitui a obrigação de o enfiteuta pagar ao senhorio direto uma pensão anual. E o laudêmio é a compensação recebida pelo senhorio a quem não foi dado, pelo enfiteuta, direito de preferência, na transferência do domínio útil da coisa.

"V — o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio."

O contrato escrito de locação é título executivo extrajudicial, ainda que não firmado por duas testemunhas. Portanto, o locador que tiver contrato escrito não precisará socorrer-se do processo de conhecimento, bastando-lhe, desde logo, ajuizar a execução.

A cobrança de despesas condominiais deve ser feita pelo condomínio ao condômino, por meio de ação de cobrança, que se processará pelo rito sumário. O condomínio cobrará do condômino todas as despesas condominiais, ordinárias e extraordinárias. Caso o imóvel esteja locado, ainda assim o proprietário responderá, perante o condomínio, por todas as despesas. No entanto, o locador poderá reembolsar-se das despesas ordinárias, carreando-as ao locatário, pela via executiva, se houver contrato escrito. O dispositivo evidencia a possibilidade de cobrança, pela via executiva, de outros encargos acessórios, desde que relacionados à locação, como por exemplo, taxas de água, luz e IPTU.

"VI — o crédito de serventuário de justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor, quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial."

Apesar da aprovação judicial, o título executivo é extrajudicial, e, portanto, não será executado no mesmo juízo que aprovou o crédito, devendo o credor valer-se de processo autônomo.

"VII — a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei;"

"VIII — todos os demais títulos a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva."

A lei pode criar outros títulos executivos extrajudiciais, além do rol do art. 585 do CPC. Assim, as cédulas de crédito rural e industrial, os certificados de depósito bancário, o *warrant* e o conhecimento de depósito, entre outros.

Não são, porém, títulos executivos extrajudiciais os contratos de abertura de crédito, ainda que firmados por duas testemunhas e acompanhados dos extratos. A questão pacificou-se com a edição da Súmula 233 do colendo Superior Tribunal de Justiça.

8 REQUISITOS DO TÍTULO EXECUTIVO

O art. 586 do CPC estabelece que a execução fundar-se-á sempre em título executivo de obrigação líquida, certa e exigível. A obrigação é certa quando não há controvérsia quanto à existência do crédito. A certeza decorre, normalmente, da perfeição formal do título.

É preciso considerar que, a partir do momento que o legislador atribuiu a determinado documento força executiva, ele passou a considerar que o crédito contido naquele documento é dotado de certeza, desde que preenchidos todos os requisitos formais. Em suma, se o título executivo estiver formalmente perfeito, será certo o crédito nele contido.

A obrigação é líquida quando determinado o valor e a natureza daquilo que se deve. O crédito é certo quando se sabe que se deve; líquido, quando se

sabe quanto e o que se deve. A obrigação não deixa de ser líquida por não apontar o montante da dívida, desde que se possa, pelos elementos contidos, no título, e por simples cálculo aritmético, chegar ao valor devido.

A obrigação contida no título extrajudicial tem sempre de ser líquida para ensejar a execução. Não existe liquidação de título extrajudicial. Já os títulos judiciais podem ser ilíquidos. Se assim for, antes do início da execução, necessário que se proceda à liquidação do débito. Se a sentença for parte líquida, parte ilíquida, não haverá óbice a que se promova, simultaneamente, a execução daquela e a liquidação desta.

A exigibilidade diz respeito ao vencimento da dívida. Se a obrigação estiver sujeita a condição ou termo, somente com a verificação de um dos dois institutos é que o crédito ter-se-á tornado exigível.

Quadro sinótico – Requisitos necessários para a execução

9 RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

Ressalvada a hipótese do devedor de alimentos, a execução é sempre patrimonial. O patrimônio do devedor é a garantia de seus credores, e o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições legais, pelo cumprimento das suas obrigações.

No direito das obrigações, diferencia-se o débito (*schuld*) da responsabilidade patrimonial (*haftung*). Em regra, os dois institutos estão associados, isto é, quem deve responde com seu patrimônio pela dívida. Há, porém, situações em que tais institutos dissociam-se. É possível que alguém deva, mas não responda pela dívida com seu patrimônio, não podendo, destarte, ser demandado: é o caso daquele que contrai dívida de jogo. Há, também, situações em que alguém é compelido a responder com seu patrimônio, por dívida que não lhe pode ser atribuída.

Na execução, devem ser atingidos apenas e tão somente os bens do devedor que está sendo demandado. Não se pode atingir bens de terceiro. Se isso ocorrer, o terceiro deverá valer-se da ação de embargos de terceiro para livrar seus bens da constrição indevida.

O art. 592 do CPC elenca algumas situações excepcionais nas quais terceiros, que não são parte na execução, podem ter seus bens atingidos, sem que haja a possibilidade de opor embargos de terceiro, com sucesso. Esses terceiros não são devedores e não figuram no polo passivo da execução. No entanto, eles têm responsabilidade patrimonial e seus bens ficam sujeitos à execução.

A responsabilidade patrimonial estende-se aos bens:

a) *Do sucessor a título singular, tratando-se de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória*. A alienação de bem, quando sobre ele pender ação fundada em direito real, é feita em fraude à execução, e nem precisaria ter sido mencionada, já que está contemplada no inciso V.

A alienação em fraude à execução é ineficaz perante o credor. Assim, diante dele, é como se não existisse e o bem continuasse a integrar o patrimônio do devedor. Reconhecida a fraude à execução, e decretada a ineficácia da alienação, o credor poderá fazer a execução recair sobre o bem alienado, em mãos de terceiro, sem que ele possa opor-se por meio de embargos de terceiro. Afinal, nos termos do art. 42, § 3º, do CPC, o adquirente ou cessionário da coisa litigiosa fica sujeito aos efeitos da sentença.

A Lei n. 11.382/2006 incluiu as execuções fundadas em obrigações reipersecutórias. São aquelas fundadas em direito pessoal, mas que repercutem sobre um determinado bem, impondo a sua restituição. Imagine-se uma demanda em que se postule a resolução de um contrato de compra e venda. Acolhido o pedido, e resolvido o contrato, o adquirente estará obrigado a restituir ao alienante o bem negociado. Se, no curso da ação, o bem tiver sido alienado pelo adquirente, o sucessor terá responsabilidade patrimonial, e a execução recairá sobre o bem a ele transferido, ainda que não tenha participado da ação. E o sucessor não terá êxito em eventuais embargos de terceiro já que, tendo adquirido bem objeto de obrigação reipersecutória, passou a ter responsabilidade patrimonial.

b) *Do sócio, nos termos da lei*. Há casos que se acham descritos na legislação material civil e comercial em que o sócio responde, solidária ou subsidiariamente, pelas dívidas da empresa. Nesse caso, será possível, nas execuções ajuizadas contra a empresa, atingir os bens dos sócios.

Também será possível que isso ocorra quando o juiz, percebendo que a empresa foi usada de forma abusiva e de má-fé, decreta a desconsideração da personalidade jurídica. Sempre que o juiz se convencer da utilização abusiva da sociedade, deve autorizar a penhora de bens dos sócios. Se eles não se conformarem, deverão ajuizar embargos de terceiro, em que a questão da desconstituição da personalidade jurídica poderá ser discutida com toda a amplitude.

Há, no entanto, numerosas decisões que entendem que, determinada a desconstituição da personalidade jurídica, os sócios, até então terceiros, devem ser citados, para integrar a execução. Para os que assim entendem, a defesa dos sócios deverá ser feita por embargos de devedor, e não de terceiro. Embora não nos pareça ser essa a solução mais adequada, é a que vem predominando nos Tribunais.

c) *Do devedor, quando em poder de terceiro*. A inclusão desse dispositivo foi infeliz porque se o bem é do próprio devedor, ainda que em mãos de terceiro, não se está diante de hipótese de responsabilidade patrimonial. Se o bem continua sendo do devedor, ainda que em poder de terceiro, ele estará sujeito à execução, sem que seja necessário recorrer às regras da responsabilidade patrimonial.

d) *Do cônjuge, no caso em que seus bens responderem pela dívida*. Um

cônjuge responde pelas dívidas do outro se elas houverem revertido em proveito do casal, ou da família, seja qual for o regime de bens. Portanto, se só o marido contraiu a dívida, e se só ele está sendo executado, será possível atingir os bens ou a meação da mulher, desde que a dívida tenha beneficiado a ambos. Há uma presunção relativa de que a dívida contraída por um dos cônjuges beneficia o outro. Assim, o cônjuge responde pela dívida do outro até provar que não foi beneficiado.

Se o cônjuge quiser livrar da penhora os seus bens ou a sua meação, ele deverá opor embargos de terceiro, no qual terá o ônus de demonstrar que a dívida não o favoreceu.

Essa presunção era invertida no caso de dívidas decorrentes de aval: em princípio, só respondiam por elas aqueles que prestavam a garantia, não os cônjuges. Hoje, como há necessidade de outorga uxória (art. 1.647, III, do CC), ambos respondem. Se a dívida provier de ato ilícito só o patrimônio daquele que o perpetrou responderá.

O cônjuge do executado pode opor, alternativa ou cumulativamente, embargos de terceiro ou de devedor, dependendo do que ele queira alegar. Se houver sido intimado da penhora, e quiser discutir o débito ou a nulidade da execução, deverá opor embargos de devedor. Se quiser apenas livrar da constrição os seus bens, ou a sua meação, a via adequada serão os embargos de terceiro.

e) *Alienados ou gravados com ônus real em fraude de execução*. O art. 593 do CPC enumera as hipóteses de alienação em fraude à execução. Assim, é fraudulenta a alienação ou a oneração de bens quando sobre eles pender ação fundada em direito real. O adquirente ou cessionário da coisa litigiosa sofre os efeitos da sentença porque a alienação é ineficaz perante a parte contrária (CPC, art. 42).

A alienação de coisa litigiosa não é vedada nem modifica a legitimidade das partes originárias. Porém, ela é ineficaz em relação ao credor. Como as partes originárias são mantidas, o alienante torna-se substituto processual do adquirente, pois, desde a alienação, estará defendendo direito alheio em nome próprio. O adquirente poderá intervir no processo, se o quiser, na qualidade de assistente litisconsorcial. Mas, intervindo ou não, ele sofrerá os efeitos da coisa julgada material.

Também configura fraude de execução a alienação ou oneração de bens quando corre contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência. Para que se configure a fraude de execução, tanto nessa hipótese, como na anterior, é necessário que haja demanda em curso. Sempre houve imensa controvérsia quanto ao momento inicial a partir do qual a alienação de bens seria considerada em fraude de execução. Para uns, bastaria o ajuizamento da ação (CPC, art. 263); para outros, seria necessária a citação.

O colendo Superior Tribunal de Justiça, no entanto, tem decidido reiteradas vezes que só a partir da citação é que a alienação configura fraude de execução. Antes da citação, poderá haver fraude contra credores.

Fraude contra credores e fraude de execução, embora tenham semelhanças, são institutos que não se confundem.

A fraude contra credores é instituto de direito material tratada pelo

Código Civil como defeito do negócio jurídico. A fraude de execução é instituto processual e configura ato atentatório à dignidade da justiça (CPC, art. 600, I). Assemelham-se os institutos porque em ambos o devedor aliena bens, tornando-se insolvente. Assemelham-se, ainda, porque em ambos a alienação é ineficaz perante o credor, superado já o entendimento de que a fraude contra credores gera anulabilidade e a fraude de execução, a nulidade.

No entanto, diferem os institutos porque na fraude contra credores já existe a dívida, mas não há ação em andamento, ao passo que na fraude de execução o credor já demandou o devedor, e este já foi citado. Se a fraude contra credores prejudica os interesses do credor, exclusivamente, a fraude de execução atinge a dignidade da justiça.

Ambas geram a ineficácia da alienação. Porém, essa ineficácia só poderá ser reconhecida em ação própria — pauliana — e desde que provada a má-fé do adquirente, na hipótese de fraude contra credores. Quando houver fraude de execução, que pressupõe ação em andamento, a ineficácia poderá ser decretada nos próprios autos, sendo desnecessário o ajuizamento da ação pauliana. Além disso, é presumida de forma irrefragável a má-fé do adquirente.

Assim, iniciada a execução e constatada a insolvência do devedor, cujos bens não foram encontrados, ou o foram em valor insuficiente, o juiz reconhecerá a fraude de execução e declarará a ineficácia das alienações que houverem se aperfeiçoado, desde a citação do devedor, no processo de conhecimento.

Também haverá fraude de execução quando a lei assim o determinar (CPC, art. 593, III).

A necessidade de reprimir com severidade a fraude de execução levou o legislador a considerá-la ato atentatório à dignidade da justiça. O art. 600 do CPC enumera quais as condutas consideradas atentatórias. E o artigo seguinte pune a conduta do devedor, atribuindo ao juiz a possibilidade de aplicar-lhe multa de 20% do débito atualizado, sem prejuízo de outras sanções de ordem material ou processual. O valor da multa reverterá em favor do credor.

A mesma razão levou o legislador a criar um mecanismo, aplicável às execuções por título extrajudicial, pelo qual o credor pode proteger-se de eventual fraude, antes mesmo de o devedor ser citado. Como já mencionado, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que só fica configurada a fraude se o bem for alienado depois da citação do devedor.

Isso trazia para o credor uma grave preocupação: a de que o devedor, tomando ciência da propositura da execução antes mesmo de ter sido citado, pudesse desfazer-se de seus bens, tornando-se insolvente. Para evitá-lo, a Lei n. 11.382/2006 introduziu o art. 615-A no CPC, que permite ao exequente, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e do valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, de veículos ou de outros bens sujeitos a registro.

A finalidade dessa averbação é tornar pública a existência da execução, para que eventuais adquirentes dos bens do devedor não possam beneficiar-se de alegação de boa-fé. A alienação ou oneração feita após a averbação será

considerada em fraude à execução, ineficaz perante o credor, e o adquirente terá responsabilidade patrimonial. Cumpre ao cartório distribuidor a emissão da certidão, desde que haja requerimento do credor. A expedição deverá ser feita de imediato, assim que realizada a distribuição.

Esse mecanismo permite ao credor antecipar, para a fase de distribuição, o termo inicial, a partir do qual a alienação ou oneração, capaz de tornar o devedor insolvente, pode ser considerada em fraude à execução. A medida exigirá do credor uma pesquisa prévia, a respeito dos bens do devedor, para que possa saber onde efetuar as averbações. Evidente que a medida só é proveitosa em relação àqueles bens que são objeto de registro, entre os quais se destacam os imóveis e os veículos. Em relação aos veículos, existe a possibilidade de que, conquanto ainda figurem no departamento de trânsito em nome do devedor, já tenham sido alienados antes da distribuição da execução, já que a transferência de propriedade aperfeiçoa-se com a simples tradição. Nesse caso, o adquirente terá o ônus de comprovar a tradição anterior para conseguir afastar a acusação de fraude à execução. Para tanto, deverá valer-se de embargos de terceiro, nos quais terá de demonstrar a anterioridade da tradição.

O credor que fizer a averbação deve comunicá-la ao juízo, no prazo de 10 dias. A lei não impõe qualquer sanção ao descumprimento dessa regra, e a averbação não poderá ser considerada ineficaz apenas porque não comunicada.

Como a finalidade do novo mecanismo é preservar o patrimônio do devedor, em proveito do credor, se depois das averbações forem penhorados bens suficientes para garantia do débito, serão canceladas aquelas referentes aos bens que não sejam objeto da penhora. Preocupou-se o legislador com a possibilidade de averbações manifestamente abusivas. Afinal, a emissão da certidão pelo distribuidor é feita antes que o juiz tenha se manifestado sobre a admissibilidade da petição inicial, e pode haver casos de abusos, em que o credor ajuíze execução manifestamente descabida, ou promova averbações sobre bens de valor manifestamente superior ao devido, tudo em detrimento do devedor. Quando isso ocorrer, o credor terá de indenizar os prejuízos causados, conforme for apurado em incidente que correrá em autos apartados, observado o art. 18, § 2º, do CPC, que estabelece que o valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz em quantia não superior a 20% do valor da causa, ou liquidação por arbitramento. Não haverá necessidade do ajuizamento de ação de reparação de danos, bastando o mero incidente, em apartado.

A medida do art. 615-A adquire especial importância, porque, a partir do registro da distribuição da execução, o terceiro adquirente do bem não poderá alegar boa-fé. Havia entendimento doutrinário e jurisprudencial que, na fraude de execução, a má-fé do terceiro era presumida, por que cabia a ele, antes de adquirir o bem, exigir certidão imobiliária do vendedor. Mas o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 375, que afasta essa presunção. Dispõe a súmula que: “O reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”. Com a obtenção do registro, na forma do art. 615-A, o adquirente não poderá alegar boa-fé. Sem o registro, seja da penhora, seja da

distribuição da execução, seja de eventual protesto contra a alienação de bens, não haverá presunção de má-fé do adquirente, que terá de ser provada para ensejar a declaração de ineficácia da alienação.

Quadro sinótico – Responsabilidade patrimonial

Quadro sinótico – Fraude contra credores e fraude à execução

Das diferenças entre ambas

Semelhanças entre ambas

10 LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA

A Lei n. 11.232/2005 promoveu grandes alterações na liquidação. A mais importante é que deixou de considerá-la um processo autônomo, ajuizado após a prolação da sentença condenatória e antes do processo de execução. Na atual sistemática, a liquidação passou a ser apenas uma fase de um processo maior, por muitos denominado "sincrético". Não há mais um processo de liquidação, mas apenas uma fase. A exceção é a liquidação das sentenças penais condenatórias, estrangeiras ou arbitrais, em que não há prévio processo civil de conhecimento. Apenas nessas três situações é que a liquidação constitui um processo autônomo, em que o executado deve ser citado.

Nas demais hipóteses, não haverá mais citação na liquidação, nem sentença. Ao decidi-la, o juiz proferirá decisão interlocutória, suscetível de agravo. Foram revogados os arts. 603 a 611 do CPC, e a liquidação passou a ser tratada no Capítulo IX do Título VIII do Livro I (arts. 475-A a 475-H).

A Lei n. 11.232/2005 estabeleceu expressamente a possibilidade de o credor, quando a sentença for parte líquida e parte ilíquida, promover

simultaneamente a execução daquela e, em autos apartados, a liquidação desta, o que já vinha sendo admitido pela jurisprudência desde antes. Mais importante que essa é a alteração decorrente do art. 475-A, § 2º, que permite o início da fase de liquidação mesmo que haja recurso pendente, com efeito suspensivo. Imagine-se que o juiz proferiu sentença condenatória ilíquida, e que o réu interpôs apelação com efeito suspensivo. Como pode haver demora no processamento do recurso, o legislador permite que o credor, enquanto isso, já dê início à fase de liquidação, no juízo de origem, sendo necessária a formação de autos apartados, instruídos com as peças processuais necessárias. Essa liquidação será feita por conta do credor, e, caso sobrevenha reforma do julgado, ficará prejudicada ou, ao menos, terá de ser adaptada ao teor do novo julgado. Essa possibilidade, que não havia na lei anterior, é salutar, pois permite que o credor utilize o longo prazo de processamento do recurso para já tomar as providências necessárias para liquidar a sentença. Caso ela seja mantida, terá sido grande o ganho de tempo para o credor, já que a liquidação ou já terá sido decidida, ou estará em fase adiantada. Mas, pendente o recurso com efeito suspensivo, ainda que a liquidação chegue ao fim, não será possível dar início à execução.

A finalidade da liquidação é apurar o *quantum debeatur,* sempre que a sentença não o indicar. Só os títulos judiciais podem ser ilíquidos. Não poderá ser ilíquida, porém, a sentença proferida nos processos em que postule ressarcimento de danos por acidente de veículo terrestre e cobrança de seguro por acidente de veículos, cumprindo ao juiz, se for o caso, fixar de plano, a seu prudente critério, o valor devido. Essa proibição resulta do art. 475-A, § 3º, e certamente trará dificuldades aos magistrados. Há casos em que não é possível apurar, desde logo, a extensão dos danos decorrentes de acidente de veículos, nem mesmo quando da prolação da sentença. Quando há lesões graves, incapacitantes, ou cuja extensão não pode ser dimensionada *ab initio*, o juiz terá de fixar a indenização desde logo, a seu prudente critério. A lei parece, aqui, ter atribuído ao juiz a possibilidade de fixar o valor por equidade, mas certamente terão os magistrados, em certos casos, imensa dificuldade em cumprir a determinação de fixar de plano a indenização.

A sentença condenatória deve indicar, sempre, a natureza e o objeto da obrigação. No entanto, é possível que não indique a quantidade de bens que compõem esse objeto. Nesse caso, a liquidação far-se-á necessária.

O *caput* do art. 475-A do CPC corrigiu a infeliz redação do art. 603, que dispunha ser necessária a liquidação quando a sentença não determina o valor ou individua o objeto da condenação. Se ela não individualizasse o objeto da condenação, não faltaria apenas a liquidez, mas a certeza da obrigação. A nova redação determina a liquidação sempre que a sentença não determinar o valor devido.

Os atos praticados na fase de liquidação têm natureza cognitiva, e antecedem o início da execução forçada. Afinal, não há como executar o que não seja líquido. No entanto, em certas hipóteses, poderá haver liquidação incidente, ou seja, liquidação no bojo da fase de execução. É o que ocorre na de obrigação de entrega de coisa que se converte em execução por quantia, quando a coisa perece; ou, nas de fazer infungíveis, quando o devedor recusa-se a cumprir a obrigação.

Como a liquidação é sempre de título judicial, a competência para julgá-la será sempre do juízo onde foi proferida a sentença ilíquida. Trata-se de regra de competência funcional, portanto, absoluta. Se o título for sentença penal condenatória, sentença arbitral ou estrangeira, a liquidação correrá no juízo cível competente, de acordo com as regras gerais do Código de Processo Civil.

Cabe ao credor requerer a liquidação. O revogado art. 605 permitia que ela fosse requerida pelo devedor, para os fins do art. 570. Mas, com a revogação deste, aquele perdeu o objeto.

Não há divergências quanto à natureza cognitiva da liquidação. Porém, controverte-se quanto ao caráter constitutivo ou meramente declaratório da decisão interlocutória que a examina. Autores como Mendonça Lima, Pontes de Miranda e Nelson Nery Junior sustentam o caráter constitutivo-integrativo da decisão, argumentando que só a partir dela estará constituído o título executivo (CPC, art. 586).

Cândido Dinamarco e Liebman sustentam a natureza declaratória, aduzindo que a decisão não constitui nenhuma relação jurídica, mas apenas declara o *quantum debeatur*. A sentença líquida declara o *an* e o *quantum*. A ilíquida declara apenas o *an*, sendo complementada mais tarde pela decisão de liquidação, que declara o *quantum*.

A decisão interlocutória que declara líquida a sentença, se não for agravada, preclui para as partes e para o juiz, não podendo mais ser modificada. Isso não implica impossibilidade de, no curso de execução, atualizar-se o valor do débito, observando que atualizar não é modificar, mas adequar o valor nominal da moeda. Mas na liquidação jamais poderá haver modificação da sentença condenatória, nem rediscussão do que nela foi decidido.

10.1. ESPÉCIES DE LIQUIDAÇÃO

O Código de Processo Civil sempre fez menção a três espécies de liquidação: por cálculo do contador, por arbitramento e por artigos.

No entanto, não fazia sentido o cálculo do contador como forma de liquidação. É que se fazia a liquidação pelo contador quando, para apurar-se o *quantum debeatur*, bastava a realização de simples cálculo aritmético. Ora, se bastava a elaboração do cálculo para que se chegasse ao quanto, a obrigação já era líquida. Afinal, não retira a liquidez do título o ser necessário a realizar cálculo aritmético para a apuração do valor. Assim, a liquidação por cálculo constituía uma forma de liquidar algo que já era líquido.

A minirreforma de 1994 pôs fim a essa aberração, extinguindo a liquidação por cálculo do contador. Hoje, sempre que o valor do débito depender de simples cálculo aritmético, o credor dará início à execução, instruindo o pedido com memória discriminada e atualizada do cálculo. Não haverá, portanto, a fase intermediária de liquidação, nem o juiz proferirá decisão interlocutória julgando líquida a sentença.

Há casos em que o credor depende, para elaborar o cálculo, de documentos que se encontram em poder do devedor ou de terceiro. O juiz, a

pedido do exequente, poderá requisitá-los, fixando em até 30 dias o prazo para cumprimento da diligência. Se houver resistência injustificada do devedor, serão considerados corretos os cálculos apresentados pelo credor. A resistência do terceiro será considerada desobediência, ensejando a aplicação das medidas penais cabíveis (arts. 475-A, § 2º, e 362, do CPC).

Como a incumbência de apresentar o cálculo é do credor, não deve o juiz, nessa fase, determinar a remessa dos autos ao contador, seja para que ele faça os cálculos, seja para que confira os apresentados. No entanto, quando o juiz perceber que os cálculos do credor aparentemente excedem os limites da decisão exequenda, ou nos casos de assistência judiciária, poderá o juiz, antes de determinar a intimação do devedor, valer-se do contador. Sobre os cálculos por ele apresentados, será ouvido o credor. Caso ele não concorde, não deverá o juiz permitir o surgimento de um incidente que retarde o início da execução e que exija a prolação de uma decisão recorrível. Determina a lei que o juiz mande prosseguir a execução pelo valor apresentado pelo credor. Mas a penhora terá por base o valor encontrado pelo contador. Evidente, porém, que se o credor apontar erros visíveis no cálculo do contador, que dispensem maiores considerações, a memória de cálculo por ele apresentada prevalecerá, tanto para fins de prosseguimento da execução como para a penhora. Apresentada a memória de cálculo pelo credor, ou realizados os cálculos pelo contador, não se deve abrir vista ao devedor para impugná-los. Do contrário, ele logo o fará, e o juiz, que, muitas vezes, não é versado em cálculos aritméticos, ver-se-á obrigado a socorrer-se do contador para solucionar o incidente. Tal procedimento implicará ressurreição, por via transversa, da liquidação por cálculo, que o legislador, em boa hora, quis extinguir. Muito menos deve o juiz homologar ou aprovar o cálculo apresentado pelo credor ou pelo contador.

Portanto, apresentada a conta, o juiz deverá examiná-la. Não havendo irregularidades *prima facie*, o juiz deve determinar o prosseguimento, intimando o devedor para execução. Se o juiz perceber que o cálculo está errado deve, de ofício, mandar o credor corrigi-lo. Afinal, toda execução deve estar fundada em título e deve respeitar os limites que são por ele impostos. Se o valor apresentado pelo credor supera o devido, parte do cobrado não encontrará respaldo no título. E a existência do título erige-se em condição da execução, matéria que deve ser apreciada pelo juiz, de ofício.

Poderá ocorrer, com frequência, que o cálculo esteja equivocado, e que o juiz não perceba, determinando a intimação do executado. Ao devedor caberá, então, opor impugnação, apontando os equívocos da conta.

Também é possível que o equívoco na conta eleve em demasia o valor do débito, inviabilizando a penhora e tornando impossível a impugnação. Se isso ocorrer, o devedor poderá opor objeção de pré--executividade, desde que a apuração do erro não demande prova técnica, ou oral, cuja realização é inviável, no bojo da execução.

A objeção de pré-executividade, a ser estudada oportunamente, dispensa a garantia do juízo pela penhora. Justifica-se a sua oposição porque os erros de cálculo constituem matéria a ser conhecida de ofício. Se o juiz não a conheceu, e determinou a intimação, o devedor poderá alertá-lo,

opondo a objeção.

Restam, pois, hoje a liquidação por arbitramento e por artigos.

O Código de Defesa do Consumidor previu um terceiro tipo de liquidação, que não pode ser incluída entre as espécies tradicionais, previstas no Código de Processo Civil. Trata-se da liquidação de sentença genérica, proferida em conformidade com o art. 95 da Lei n. 8.078/90, nas ações ajuizadas pelos legitimados do art. 82, para a defesa dos interesses individuais homogêneos.

A sentença genérica é aquela que condena o causador do dano a ressarcir os prejuízos, mas não discrimina quem foram as vítimas, nem quais os danos sofridos por elas. A liquidação dessa espécie de sentença exigirá que cada um dos lesados comprove não apenas os danos sofridos, mas a própria condição de vítima.

Na liquidação por arbitramento, faz-se necessário apurar o valor de um bem ou serviço; na liquidação por artigos, é preciso fazer prova de fatos novos, referentes ao *quantum debeatur*. Na liquidação do Código do Consumidor, é necessário examinar-se a própria condição de vítima de cada um, além dos fatos novos referentes ao *quantum*.

10.1.1. LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO

É aquela realizada por meio de um perito, nomeado pelo juiz. A apuração do *quantum* depende exclusivamente da avaliação de uma coisa, um serviço ou um prejuízo, a ser feita por quem tenha conhecimento técnico.

Não cabe, na liquidação por arbitramento, a produção de prova oral. Eventual prova documental só poderá ser produzida se disser respeito, exclusivamente, à avaliação. O arbitramento será admitido sempre que a sentença ou a convenção das partes o determinar, ou quando a natureza do objeto da liquidação o exigir.

Iniciada a liquidação, o réu será intimado, não para contestar, mas para acompanhar a prova pericial. A citação do réu é feita na pessoa de seu advogado, com a publicação no Diário Oficial.

As partes poderão formular quesitos e indicar assistentes técnicos, obedecidas as regras do art. 421 do CPC. O juiz fixará prazo para a entrega do laudo. Assim que ele for apresentado, será dada ciência às partes, que se manifestarão em 10 dias.

O juiz pode, excepcionalmente, designar audiência de instrução e julgamento quando, por exemplo, houver necessidade de ouvir o perito. Em seguida, será proferida decisão. Por não ser processo autônomo, a fase de liquidação, tanto por artigos como por arbitramento, encerra-se por decisão interlocutória, contra a qual cabe recurso de agravo de instrumento.

10.1.2. LIQUIDAÇÃO POR ARTIGOS

A liquidação será feita por artigos quando houver necessidade de alegar e provar fato novo, para apurar o valor da condenação.

Ela instaura-se por iniciativa da parte, que deverá elaborar petição que obedeça aos requisitos do art. 282 do CPC. Porém, como já houve um processo de conhecimento anterior, não precisará repetir o que já consta dos autos. Assim, desnecessária a qualificação das partes, já conhecida.

Os fatos novos devem vir articulados nessa petição inicial, que deve expô-los com toda a clareza. Afinal, se a declaração do *quantum debeatur* é o pedido, os fatos novos constituem a verdadeira causa de pedir na liquidação por artigos.

O art. 475-F do CPC determina que a liquidação por artigos siga o procedimento comum, que pode ser ordinário ou sumário. O rito da liquidação deve corresponder àquele do processo anterior, que gerou a sentença ilíquida. Se, por exemplo, a ação de reparação de danos processou-se pelo rito sumário, a liquidação da sentença seguirá o mesmo rito; o mesmo vale para o rito ordinário. Antes da minirreforma de 1994, a liquidação por artigos obedecia, inexoravelmente, ao rito ordinário, ainda que o processo que gerou o título houvesse tramitado pelo sumário. Mas, se o processo de conhecimento era de procedimento especial, a liquidação far-se-á pelo procedimento ordinário ou sumário, conforme o valor da causa.

O devedor será intimado para apresentar contestação, seja no prazo de 15 dias, se o rito for ordinário, seja em audiência, se for sumário. A não apresentação de contestação implicará revelia do réu, o que fará presumir verdadeiros os fatos novos alegados. Ressalte-se que os fatos novos só deverão dizer respeito ao *quantum*, uma vez que não se admite a rediscussão da lide, ou a modificação da sentença.

Todos os meios de prova são admitidos na liquidação por artigos, inclusive a perícia.

É possível que o credor que deu início à liquidação por artigos descure de provar os fatos novos, alegados articuladamente na petição inicial. O juiz deverá simplesmente julgar não provados os artigos de liquidação. Decisão dessa natureza não impedirá a repropositura da liquidação, porque não faz coisa julgada.

Com efeito, a pretensão do credor é obter a declaração do montante de seu crédito. Esse o mérito da liquidação. Uma decisão que não declara o *quantum* não aprecia a pretensão formulada na inicial da liquidação e, portanto, não aprecia o mérito, não podendo ser revestida da autoridade da coisa julgada material.

Diferente será a situação se o juiz declarar líquida a condenação no valor zero. Tem sido admitida a possibilidade de, realizadas todas as provas, o juiz constatar que inexiste valor econômico significativo a ser pago pelo devedor. Nesse caso o juiz declarará líquida a obrigação no valor de zero. É o caso, por exemplo, das liquidações de sentença penal condenatória, quando inexistir dano moral ou material relevante para a vítima. Quando a decisão declara líquida a obrigação, ainda que no valor zero, e não há mais recurso pendente, ela não mais poderá ser rediscutida.

Capítulo II
DAS DIVERSAS ESPÉCIES DE EXECUÇÃO

O Código de Processo Civil trata da execução por título judicial, como uma fase de cumprimento da sentença (execução imediata); e da execução por título extrajudicial, que forma um processo autônomo.

A execução imediata de obrigação de fazer ou não fazer é tratada no art. 461 e seus parágrafos, de entrega de coisa, no art. 461-A e parágrafos, e por quantia certa contra devedor solvente, nos arts. 475-I a 475-R. A execução autônoma de obrigação de entrega de coisa é tratada nos arts. 621 e s., de fazer ou não fazer, nos arts. 632 e s., e por quantia certa contra devedor solvente, nos arts. 646 e s. O Código ainda trata da execução contra devedor insolvente, das execuções contra a Fazenda Pública, e de prestação alimentícia.

Os arts. 612 a 620 contêm disposições de caráter genérico, que se aplicam a todas as espécies de execução, imediatas ou autônomas, salvo a por quantia certa contra devedor insolvente, que, por sua natureza, tem características próprias. Boa parte dessas disposições gerais tem natureza principiológica, e já foi estudada anteriormente. O art. 475-R deixa explícito que, à execução imediata, aplicam-se subsidiariamente as regras estabelecidas para a execução por título extrajudicial (autônoma).

Os arts. 614 e 615 são normas dirigidas ao credor, que, para promover a execução, deve juntar o título executivo, o demonstrativo do débito atualizado, e a prova de que se verificou a condição ou o termo, nas obrigações a eles sujeitas.

11 EXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE DAR COISA CERTA

A autônoma vem prevista no Código de Processo Civil a partir do art. 621. Corresponde à execução de uma obrigação de dar, ou restituir, fundada em título executivo extrajudicial.

O art. 621 passou por sucessivas modificações. Antes da minirreforma de 1994 (Lei n. 8.953, de 13-12-1994), as execuções para entrega de coisa certa só poderiam estar fundadas em título executivo judicial, pois o dispositivo, com a redação anterior, falava em execução de quem fosse condenado a entregar.

Com a alteração, ficou clara a possibilidade de a execução fundar-se também em título extrajudicial.

Em 2002, o art. 621 passou por uma segunda reforma. Sua redação foi alterada pela Lei n. 10.444, que trouxe importantes inovações: atualmente, a execução de entrega de coisa certa só pode estar fundada em título executivo

extrajudicial.

Não há mais, em nosso ordenamento, a execução autônoma para entrega de coisa fundada em título judicial, que se tornou desnecessária, diante do que ficou determinado no art. 461-A e parágrafos do CPC. Esse dispositivo transformou todas as ações que tenham por objeto a entrega de coisa em mandamentais.

Sendo assim, com a prolação da sentença, o juiz expede uma ordem para que o réu entregue a coisa, determinando as medidas necessárias, de coerção e sub-rogação, para compeli-lo. Os comandos por ele exarados são cumpridos automaticamente, sem necessidade de ajuizar ação de execução, nem de citar o executado. Em princípio, só as ações com pedido condenatório em obrigação de fazer ou não fazer eram mandamentais. Mas, com a edição do art. 461-A do CPC, também as de entrega de coisa passaram a ser.

O proprietário, vitorioso em demanda reivindicatória ou de imissão de posse, ambas demandas petitórias, fundadas em domínio, não precisa mais ajuizar execução para entrega de coisa, caso o réu se recuse a entregá-la. Ao proferir sentença, o juiz fixará prazo para que a coisa seja entregue ao vencedor.

Ultrapassado o prazo sem cumprimento, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão de posse, conforme se trate de coisa móvel ou imóvel (art. 461-A e parágrafos).

A ação que tenha por objeto entrega de coisa pode também estar fundada em direito pessoal. Por exemplo, aquele que celebra um contrato de compra e venda de um bem móvel, tornando-se titular de direito pessoal, poderá ajuizar ação para que o vendedor seja compelido a cumprir a obrigação de dar. Se, porém, o vendedor houver vendido a coisa a terceiro, fazendo a entrega, o primeiro comprador ficará privado do bem, convertendo-se a obrigação de dar em perdas e danos. O contrato obriga apenas as partes contratantes, e não pode ser oposto a terceiros, para quem constitui *res inter alios acta*. No entanto, se o vendedor ainda tiver o bem consigo, e a sentença for favorável ao comprador, será desnecessário o ajuizamento de execução para entrega da coisa, devendo proceder-se na forma do art. 461-A.

Portanto, tal como antes ocorria nas ações de despejo e nas possessórias, agora em todas as ações de entrega de coisa não haverá subsequente execução, salvo, evidentemente, da verba de sucumbência, ou de eventual condenação, em pedido cumulado de perdas e danos, ou cobrança. Inexistindo execução da sentença, não serão cabíveis embargos de devedor.

Sempre houve muita controvérsia sobre a possibilidade de opor embargos de retenção por benfeitorias nas ações possessórias e de despejo. Como eram ações executivas *lato sensu*, nas quais não havia execução, discutia-se sobre a possibilidade de oporem-se embargos de retenção, que são próprios da fase executiva. Tal controvérsia agora se estenderá a todas as ações que tenham por objeto obrigação de entrega de coisa, já que se tornaram mandamentais.

Como nessas ações não há fase executiva, tem-se decidido, com frequência, que o direito de retenção deve ser arguido pelo réu, no processo de conhecimento, em contestação.

Nem se há de objetar que as benfeitorias poderiam ter sido realizadas após a contestação, porque as que o forem terão sido realizadas por possuidor de má-fé, que não tem direito de retenção. Assim, se o possuidor, ciente de que corre contra si demanda possessória ou de despejo, realiza benfeitorias na coisa, ele o fará de má-fé, não podendo lançar mão do direito de retenção. A lei civil atribui o direito de retenção por benfeitorias, com exclusividade, ao possuidor de má-fé, sobre as benfeitorias necessárias e úteis.

Incumbiria, portanto, ao réu alegar o direito de retenção na contestação, para que ele seja reconhecido em sentença. Embora seja esse o entendimento que tem prevalecido em nossos tribunais, parece-nos que, do fato de não haver execução nas ações para entrega de coisa certa, não pode resultar a privação do direito de retenção àquele que, de boa-fé, fez na coisa benfeitorias necessárias e úteis. Assim, viável a alegação do direito de retenção por benfeitorias, enquanto não cumprido o mandado de imissão na posse ou busca e apreensão, expedido na forma do art. 461-A, § 2º, do CPC.

Difícil a situação do réu que pretende invocar o direito de retenção por benfeitorias na contestação, mas se vê ameaçado de não poder fazê-lo, em razão de liminar, concedida na ação possessória de força nova, antes da fase de contestação. A invocação do direito de reter a coisa consigo só se justifica enquanto o réu estiver com a coisa. Privado dela, extingue-se o direito de retenção. Ora, cumprida a liminar antes da contestação, o réu estaria impossibilitado de invocar a retenção antes de ter tido oportunidade de fazê-lo.

Em casos assim, deve o réu valer-se do agravo de instrumento, solicitando efeito suspensivo, para que o mandado liminar não seja cumprido desde logo. Pode, ainda, levar ao conhecimento do juiz a existência das benfeitorias, para que ele reveja a liminar, que pode ser reapreciada sempre que forem trazidos fatos novos aos autos.

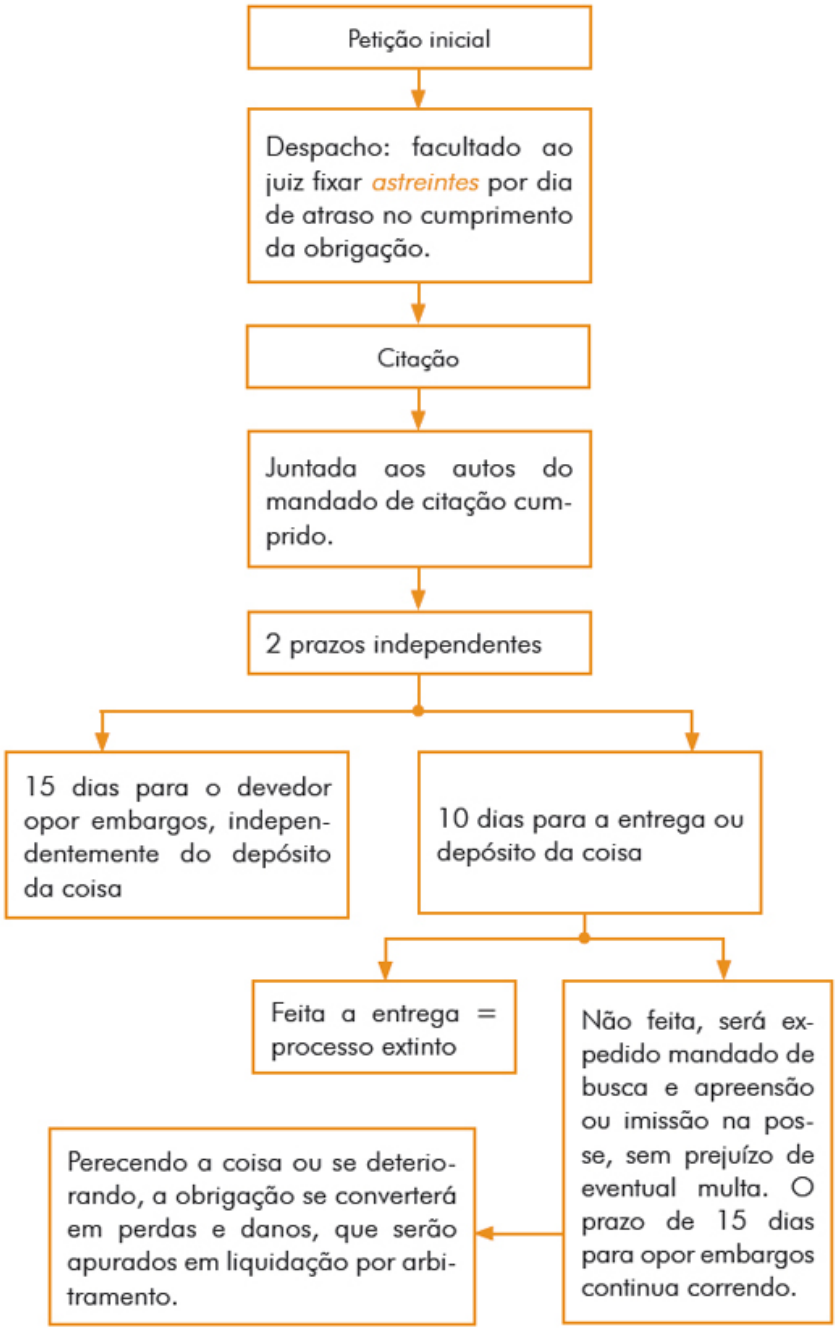
O procedimento dos arts. 621 e s. fica restrito, portanto, às execuções para entrega de coisa por título extrajudicial. Mas a redação dos arts. 621 e s. há de ser conciliada com a nova sistemática introduzida pela Lei n. 11.382/2006 que, ao modificar o art. 736 e revogar o art. 737, do CPC, desvinculou a oposição dos embargos da prévia penhora ou depósito dos bens. Se a petição inicial estiver em termos, o juiz mandará citar o réu. Com a juntada aos autos do mandado cumprido, correrão dois prazos independentes: o de 15 dias para o devedor opor embargos, e o de 10 dias para a entrega ou depósito da coisa. Feita a entrega, a execução será extinta. Se a coisa não for entregue, nem depositada no prazo de 10 dias, será expedido mandado de imissão de posse ou busca e apreensão, conforme o bem seja imóvel ou móvel, sem prejuízo da incidência de eventual multa que o juiz tenha fixado, como meio de coerção. Mas, haja ou não o depósito, imissão na posse ou apreensão da coisa, o prazo de embargos estará correndo, já que o *dies a quo* agora é a juntada aos autos do mandado de citação cumprido. De acordo com a redação originária da lei processual, para que o devedor pudesse opor embargos, era preciso que o juízo estivesse garantido pelo depósito. Mas, com a nova redação dada ao art. 736 pela Lei n. 11.382/2006, o prazo de 15 dias para embargar correrá independentemente do depósito da coisa, tendo por termo inicial a juntada aos autos do mandado de

citação. A Lei n. 10.444, de 7 de maio de 2002, acrescentou um parágrafo único ao art. 621 do CPC, autorizando o juiz a, quando despachar a inicial, fixar multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação. Com isso, as *astreintes*, que serão tratadas mais minuciosamente no capítulo das execuções de obrigação de fazer, poderão ser também fixadas nas obrigações para entrega de coisa, fundada em título extrajudicial. Trata-se de inovação salutar, que evita que o executado desapareça com o bem, ou dificulte a sua localização, impedindo a execução específica do julgado. Tal como nas obrigações de fazer e não fazer, as *astreintes* podem ser fixadas de ofício, pelo juiz, e seu valor pode ser reduzido ou aumentado, conforme se revele excessivo ou insuficiente. Se houver atraso no cumprimento da obrigação, as *astreintes* incidirão, sem prejuízo da expedição de mandado de busca e apreensão ou imissão de posse. A nova disposição não distingue entre bens móveis ou imóveis, podendo ser aplicada em ambos os casos. Evidente, porém, que com mais frequência será aplicável aos móveis, que podem ser ocultados pelo executado com mais facilidade.

Quando a entrega da coisa tornar-se impossível, por perecimento, deterioração, ou qualquer outra razão, o exequente terá o direito de exigir o seu valor, mais perdas e danos, que serão apurados em liquidação por arbitramento. Caso o devedor tenha feito na coisa benfeitorias necessárias ou úteis, enquanto estava de boa-fé, o direito de retenção poderá ser alegado em embargos de devedor, na forma do art. 745, IV, do CPC.

Quadro sinótico – Execução das obrigações de dar coisa certa

Procedimento da execução fundada em título executivo extrajudicial



12 EXECUÇÃO PARA ENTREGA DE COISA INCERTA

As ações para entrega de coisa incerta também se tornaram mandamentais uma vez que o art. 461-A não faz distinção entre elas, e as que têm por objeto entrega de coisa certa. Se a coisa incerta for determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada no prazo fixado pelo juiz. Não haverá mais execução para entrega de coisa incerta fundada em título executivo judicial. Assim, o disposto nos arts. 629 a 631 do CPC só se aplica às execuções para entrega de coisa incerta fundada em título executivo extrajudicial.

A incerteza não pode ser completa. A coisa incerta é aquela que ainda não é determinada, mas é determinável. É necessário que estejam determinados o gênero e a quantidade da coisa a ser entregue (CC, art. 243).

A escolha da coisa determinada pelo gênero e quantidade pertence, em regra, ao devedor, salvo se o contrário resultar do título da obrigação. Aquele a quem competir a escolha não poderá dar a coisa pior, nem será obrigado a prestar a melhor (CC, art. 244).

Em consonância com as normas de direito material, estabelece o art. 629 do CPC que, se a escolha couber ao devedor, ele será citado para entregá-las (coisas determinadas) individualizadas; se a escolha couber ao credor, este a indicará na petição inicial. Feita a escolha, a parte contrária poderá impugnar em 48 horas, devendo o juiz decidir de plano, ouvindo perito, se necessário.

No mais, a execução para entrega de coisa incerta segue o procedimento da entrega de coisa certa.

Quadro sinótico – Obrigação de dar coisa incerta

13 EXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER

As obrigações de fazer e não fazer podem ter origem em uma sentença ou contrato. A execução desse tipo de obrigação pode estar fundada, destarte, em título executivo judicial ou extrajudicial. A sentença que impõe uma obrigação de fazer ou não fazer é mandamental. Isso quer dizer que ela não apenas condena o devedor ao cumprimento da obrigação, mas também expede uma ordem, impondo-lhe esse cumprimento. O devedor deverá cumprir a determinação, podendo o juiz, de ofício ou a requerimento, estabelecer as medidas necessárias para a efetivação da tutela específica, impondo multa por atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, com requisição de

força policial. O descumprimento, pelo devedor, das ordens judiciais e do comando expedido na sentença constituirá ato atentatório ao exercício da jurisdição, punido na forma do art. 14, parágrafo único, do CPC. A execução de obrigação de fazer e não fazer, na forma do art. 632 do CPC, ficou restrita à hipótese de título extrajudicial. A regra, na execução de sentença, é que o juiz determine as providências e os meios de coerção que obriguem o devedor a cumprir o que foi determinado (art. 644, *caput*). Quando as medidas de coerção, estabelecidas nos arts. 461 e 14, parágrafo único, ambos do CPC, se mostrarem incapazes de compelir o devedor a cumprir a obrigação, então poderá haver conversão da obrigação em perdas e danos, executada na forma dos arts. 475-I e s. do CPC.

Quando o objeto da execução por título extrajudicial for obrigação de fazer, o juiz deve mandar citar o devedor, para que cumpra a obrigação no prazo por ele fixado, se outro não constar do título. O juiz só fixará prazo para o cumprimento da obrigação se o título for omisso. Ao fazê-lo, deve atentar para a complexidade e a natureza da obrigação, determinando um prazo razoável.

Desde a juntada aos autos do mandado de citação, e sem prejuízo do prazo para cumprimento da obrigação, fluirá o prazo de 15 dias para o devedor embargar.

De extrema relevância para o prosseguimento da execução será a natureza da obrigação de fazer. Elas podem ser fungíveis ou infungíveis. Nas primeiras, o fato pode ser prestado por terceiro, se o credor assim o desejar. Ressalte-se que para que o fato seja prestado por terceiro é necessário que o credor o deseje, pois ele não é obrigado a aceitar de terceiro a prestação, quando for convencionado que o devedor a faça pessoalmente.

A obrigação infungível, porém, jamais poderá ser prestada por terceiro, em virtude de sua própria natureza. Assim, a obrigação de pintar um muro é fungível, pois o fato pode ser prestado por qualquer pessoa. No entanto, se determinado pintor, de muito talento e renome, comprometer-se a pintar um quadro, só ele poderá fazê-lo.

Seja a obrigação fungível ou infungível, será sempre possível ao credor optar pela conversão em perdas e danos, caso o devedor não satisfaça a obrigação. Se isso ocorrer, as perdas e danos serão apuradas em liquidação incidente ao processo de execução.

Quando a prestação for fungível, o credor pode optar pela execução específica, requerendo que ela seja executada por terceiro, à custa do devedor. A Lei n. 11.382/2006 facilitou o cumprimento da obrigação por terceiro, à custa do devedor, tornando-o viável. No sistema anterior, as dificuldades eram de tal ordem, que praticamente nunca o credor se valia dele. O custo da prestação do fato era avaliado por um perito e o juiz mandava expedir edital de concorrência pública, para que os interessados em prestar o fato formulassem suas propostas.

Além de demorado, em consequência da avaliação e publicação de editais, o procedimento acabava sendo oneroso em demasia. Pois, se é certo que todas as despesas eram carreadas ao devedor, também é certo que ao credor caberia antecipá-las, assumindo o risco de, mais tarde, não encontrar

no patrimônio do devedor bens que permitissem a recuperação de tudo que foi despendido.

Com a Lei n. 11.382/2006, não há mais concorrência pública. O juiz, a requerimento do credor, nomeará terceiro idôneo, que preste o fato às custas do devedor. O terceiro pode ser nomeado livremente pelo juiz, que poderá acolher eventual indicação do credor.

O terceiro apresentará a proposta para a realização dos serviços, que o juiz examinará, depois de ouvir as partes. Cumpre ao exequente adiantar as despesas com o serviço.

Prestado o fato, o juiz ouvirá as partes no prazo de 10 dias. Caso não haja impugnação, ou as apresentadas não sejam pertinentes, o juiz dará por cumprida a obrigação. Se o terceiro não prestar o fato, ou o fizer de forma incompleta, o credor pode pedir ao juiz que o autorize a concluir ou reparar a obra, à custa do terceiro.

A lei ainda atribui ao credor direito de preferência sobre o terceiro, caso ele próprio queira realizar o serviço, ou mandar executá-lo, sob sua direção e vigilância, desde que em igualdade de condições com o terceiro. Esse direito deve ser exercido no prazo de 5 dias, a contar da apresentação da proposta.

Apesar de a Lei n. 11.382/2006 tê-lo facilitado, continuam existindo dificuldades no procedimento da prestação de serviço por terceiro. Por isso, não há óbice a que o credor peça ao juiz que fixe multa diária para o caso de descumprimento da obrigação, ainda que ela seja fungível, embora o campo natural das *astreintes* sejam as obrigações infungíveis.

Quando a obrigação é infungível, não há como compelir o devedor, de forma direta, a satisfazê-la. A execução civil tem caráter estritamente patrimonial, e se o devedor não cumpre o que deve, não há como empregar a coerção pessoal. Resta ao credor a conversão em perdas e danos. No entanto, tem-se buscado, mormente nos últimos anos, dar ao processo civil maior efetividade. Por meio do processo, o credor deve obter exatamente aquilo a que ele tem direito. A conversão em perdas e danos pode, muitas vezes, não satisfazer o credor da obrigação de fazer. A perspectiva de obter-se a execução específica da obrigação é, quase sempre, desejável.

Na esteira desses raciocínios, a minirreforma de 1994 procurou aparelhar o credor de obrigação infungível com um instrumento que lhe permita pressionar o devedor a cumprir o que deve, tornando-se desnecessária a conversão em perdas e danos.

Tal instrumento consiste na fixação de uma multa diária, semelhante às *astreintes* do direito francês, que incide enquanto durar o atraso no cumprimento da obrigação. A multa é uma forma de coação patrimonial do devedor, que se sentirá desestimulado a descumprir a obrigação. A execução pode estar fundada em um título executivo judicial (sentença proferida em ação cominatória, ação em que se pede a condenação de alguém a fazer ou abster-se — CPC, art. 287), ou em título extrajudicial.

Se a sentença for omissa, o juiz da execução fixará a multa e a data a partir da qual ela incide. A fixação da multa independe de requerimento do interessado, cabendo ao juiz fixá-la de ofício. Quando o juiz perceber que a multa fixada em sentença tornou-se excessiva ou insuficiente, ele poderá

reduzi-la ou aumentá-la.

Na execução fundada em título extrajudicial, o juiz fixará a multa e a data a partir da qual ela é devida, se o título for omisso. Pode ainda o juiz reduzir o seu valor, se reputá-lo excessivo. Mas a lei não autoriza o juiz a elevá-lo se o reputar insuficiente.

Percebe-se, assim, que o legislador, na busca da efetividade do processo, muniu o juiz de amplos poderes, no que se refere à multa diária.

O cumprimento da obrigação com atraso não exime o devedor de pagar a multa, que tenha incidido até então. Quando, apesar da incidência da multa, perceber-se que o devedor não irá cumprir a obrigação, nada restará senão a conversão em perdas e danos, a ser apurada em liquidação incidente. O devedor deverá pagar as perdas e danos, sem prejuízo da multa que tenha incidido até então.

O valor da multa reverterá sempre em favor do credor, que se verá, dessa forma, em parte recompensado pelo descumprimento, ou pelo atraso no cumprimento da obrigação.

As *astreintes* não estão limitadas pelo valor da obrigação principal. Em contrapartida, sempre que o juiz perceber que o seu valor atingiu montante demasiado elevado, erigindo-se em fonte de enriquecimento sem causa para o credor, ele deve reduzi-lo. Do contrário, o credor sentir-se-ia estimulado a retardar o requerimento de conversão em perdas e danos, para que as *astreintes* continuem incidindo *ad infinitum*.

Por exemplo: o devedor é citado para cumprir obrigação de fazer infungível, cujo valor econômico aproximado seja de R$ 10.000,00. O juiz manda citar o devedor, e fixa multa diária de R$ 200,00, determinando a data a partir da qual ela incide. O devedor não cumpre a obrigação, e o tempo transcorre sem que o credor manifeste-se nos autos. Um ano depois, o credor requer a conversão em perdas e danos.

Ora, o valor das *astreintes* pelo atraso superará, em muito, o da obrigação, e se erigirá em fonte de enriquecimento sem causa. O juiz deverá reduzir, então, o valor total das *astreintes*, tornando-o adequado à situação, e evitando, com isso, a utilização indevida da multa diária.

Ressalte-se, ainda uma vez, que, havendo conversão em perdas e danos, estes serão devidos sem prejuízo da multa.

Os arts. 466-A a 466-C do CPC cuidam das obrigações de emitir declaração de vontade que são, do ponto de vista fático, infungíveis. No entanto, do ponto de vista jurídico, tais obrigações são fungíveis, pois é possível substituir a declaração negada por algo que produza os mesmos efeitos jurídicos. O interesse do credor não está voltado para a declaração em si, mas para o efeito jurídico dessa declaração. O que o credor deseja é que se forme situação jurídica igual à que resultaria da emissão espontânea, pelo devedor, da declaração de vontade sonegada.

Em casos assim, estabelece o legislador que a sentença que condene o devedor a emitir declaração de vontade, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida (CPC, art. 466-A). A sentença fará as vezes da declaração não emitida.

Não há necessidade de execução, nem de citação do devedor, para

cumprir a obrigação. Do simples trânsito em julgado resulta a produção dos efeitos jurídicos iguais aos que resultariam da declaração não emitida. A sentença judicial substitui a declaração de vontade do devedor, na produção dos efeitos almejados.

É o que ocorre, por exemplo, nas ações de adjudicação compulsória. O compromissário comprador, que pagou todas as parcelas, tem direito de receber a escritura pública, tornando definitiva a compra e venda. A escritura pública é um acordo de vontades, solene, em que comprador e vendedor formalizam o negócio jurídico da compra e venda. Caso o promitente vendedor recuse-se a outorgar a escritura, o compromissário comprador ajuizará adjudicação compulsória.

A sentença de procedência da adjudicação compulsória produzirá o mesmo efeito jurídico que a escritura sonegada, o que significa que, transitada em julgado, a compra e venda estará aperfeiçoada. Registrada a sentença de adjudicação, o compromissário comprador terá se tornado proprietário do imóvel.

Os efeitos jurídicos que se pretende obter resultam do trânsito em julgado da sentença, independente da vontade do devedor, ou de execução. Claro que, para que o juiz profira sentença dessa natureza, é necessário que o credor faça jus a obter a declaração de vontade que está sendo recusada. Do contrário, a recusa será justa. Assim, o compromissário comprador deverá demonstrar que pagou integralmente as parcelas que devia, para requerer a adjudicação compulsória (CPC, art. 466-A).

Quando o devedor descumprir obrigação de não fazer, fundada em título extrajudicial, o juiz mandará citá-lo, para desfazer o ato, no prazo que fixar. Se o devedor não cumprir a obrigação, o juiz mandará que terceiro o desfaça à custa do devedor. Se não for possível desfazer o ato, ou quando o credor assim preferir, a obrigação de não fazer será convertida em perdas e danos.

Quadro sinótico – Execução das obrigações de fazer e não fazer

14 EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE

14.1. CONCEITO

É a forma de execução que consiste em, por meio da expropriação de bens do devedor, obter a satisfação do credor.

Essa expropriação pode ser feita com a adjudicação em favor do credor ou das pessoas indicadas em lei; por alienação particular; por alienação em hasta pública ou mediante outorga do usufruto de móvel ou imóvel. Cada uma dessas formas de expropriação será estudada oportunamente.

O procedimento dessa espécie de execução variará conforme ela esteja fundada em título judicial ou extrajudicial. No primeiro caso, não haverá processo autônomo de execução, mas mera fase processual de cumprimento de sentença. Trata-se de execução, mas não de processo de execução. O procedimento é aquele dos arts. 475-I a 475-R. Quando fundada em título extrajudicial, a execução formará um processo autônomo e independente, cujo procedimento será regido pelos arts. 621 e s. As normas referentes ao procedimento da execução por título extrajudicial aplicam-se subsidiariamente à execução por título judicial.

Cada um desses procedimentos deve ser estudado separadamente.

14.2. EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA FUNDADA EM TÍTULO JUDICIAL

14.2.1. INTIMAÇÃO

Embora o Código de Processo Civil não o mencione expressamente, é indispensável intimar o devedor antes do início da fase de execução, para que corra o prazo para pagamento espontâneo, sem incidência de multa. Mas, iniciada a fase de cumprimento de sentença, não haverá citação, porque inexiste novo processo, mas apenas uma fase, de caráter executivo.

A intimação é indispensável, pois, do contrário o devedor não terá ciência do prazo de 15 dias para pagar, sob pena de multa. O art. 475-J estabelece que, condenado o devedor a quantia líquida, se ele não efetuar o pagamento em 15 dias, o montante da condenação será acrescido de multa de 10%, expedindo-se, a requerimento do credor, mandado de penhora e avaliação. Durante esses 15 dias, a fase de execução ainda não se terá iniciado. O prazo é concedido ao devedor, para que possa efetuar o pagamento, evitando a execução e a multa.

Sem a intimação, surgiria grave discussão a respeito do termo inicial da contagem do prazo, que deve ser evitada. Mas, a sistemática da Lei n. 11.232/2005 recomenda que essa intimação se faça na pessoa do advogado, salvo se o credor preferir que ela seja pessoal ao devedor. Portanto, basta a publicação no Diário Oficial para que o devedor esteja intimado para pagar em 15 dias, sob pena de multa e penhora.

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão proferido no Recurso Especial 940.274/MS, de 7 de abril de 2010, Rel. Min. João Otávio de Noronha, fixou a orientação a respeito do tema: o prazo não flui automaticamente. É indispensável a intimação do executado, na pessoa do seu advogado. Sem isso, não tem início a contagem. Se tiver havido recurso, o prazo começa do momento em que, baixados os autos, o advogado do executado é intimado da determinação para que seja dado cumprimento ao

acórdão.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu ainda pelo cabimento de novos honorários advocatícios, devidos para a fase de execução, caso não haja o cumprimento voluntário da obrigação. Eles não se confundem com aqueles fixados na sentença condenatória, e que integram o título judicial, pois são fixados especificamente para o cumprimento de sentença. Nesse sentido, o acórdão no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 1084230/RJ publicado no DJE de 3 de outubro de 2011, Rel. Min. Raul Araújo.

O devedor não terá oportunidade de nomear bens à penhora. Se quiser evitar que ela se realize, deve efetuar o pagamento, no prazo de 15 dias.

Do contrário, o exequente requererá a expedição do mandado, podendo desde logo indicar quais bens do devedor devem ser penhorados. Se o exequente não indicar quais bens, por não os conhecer, o oficial de justiça, munido do mandado, diligenciará para localizá-los, efetivando a penhora sobre os bens que localizar, observada a ordem do art. 655 do CPC.

O oficial de justiça jamais citará o devedor, ou o cientificará, antes da penhora. O devedor já estará ciente, com a intimação realizada *ab initio*. Cabe ao oficial apenas realizar a penhora.

14.2.2. MULTA

Grande novidade introduzida pela Lei n. 11.232/2005 é a incidência de multa de 10% sobre o débito, caso o devedor, intimado, não pague em 15 dias. A ideia é incentivar o devedor que pretende pagar a fazê-lo o mais breve possível. Mas é preciso convir que o devedor renitente dificilmente se sentirá estimulado a fazê-lo, apenas para evitar a multa. Em outros dispositivos, a lei se vale da multa como instrumento de coerção (p. ex., art. 601), mas os resultados práticos têm sido pequenos.

A multa reverterá em proveito do credor, que é a vítima do atraso no pagamento. Diante dos termos da lei, a sua incidência é automática, e independe de requerimento. Quando o credor requerer a expedição de mandado de penhora, já deve apresentar o novo cálculo do débito, acrescido da pena.

Caso o devedor efetue o pagamento parcial do débito, no prazo de 15 dias, a multa incidirá apenas sobre o saldo remanescente. Para evitar a multa, é preciso que o devedor pague ao credor o valor do débito, ou deposite em juízo o valor, para imediato levantamento. Não se evita a multa antecipando depósito judicial, para fins de penhora. Quer dizer, se o devedor deposita em juízo o valor apenas para que sobre ele recaia a penhora, e não para que haja o levantamento imediato, a multa será devida.

Não se tem admitido a imposição de multa se a execução é provisória, pois, se há recurso pendente, não se pode exigir que o devedor efetue desde logo o pagamento, pois há possibilidade de a condenação ser revertida. Esse foi o entendimento adotado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 940.274/MS, de 7 de abril de 2010, Rel. Min. João Otávio de Noronha: a multa só pode ser exigida em execução definitiva, após o trânsito em julgado da sentença.

14.2.3. MANDADO DE PENHORA E AVALIAÇÃO

A fase de execução não se inicia de ofício. Ultrapassado o prazo de 15 dias para pagamento *in albis*, o credor deve requerer a expedição de mandado de penhora e avaliação, dando início à fase de cumprimento de sentença. Ao fazê-lo, deve apresentar memória discriminada de cálculo, já acrescido da multa de 10%, e deve indicar quais bens pretende sejam penhorados. Sem iniciativa do credor, os autos devem aguardar em cartório por seis meses, após o que serão remetidos ao arquivo. Mas, mesmo depois da remessa, o credor pode requerer a execução, postulando o desarquivamento, e tomando as providências necessárias para o início da execução, desde que não tenha havido prescrição da força executiva do título.

Tanto a execução por quantia fundada em título judicial como extrajudicial dependem da efetivação da penhora, para que possam alcançar seus objetivos. A penhora far-se-á na forma prevista nos arts. 659 e s., que se aplicam, subsidiariamente, à execução por título judicial, incluindo os casos de impenhorabilidade.

O oficial de justiça, ao efetivar a penhora, fará a avaliação imediata dos bens. Haverá a lavratura de um auto único, de penhora e avaliação. Esta será simplificada, bastando ao oficial de justiça que forneça os critérios que utilizou para chegar ao montante.

Esse procedimento já é adotado pela Justiça Federal, com bom resultado. Mas é preciso que os oficiais de justiça sejam preparados para promover a avaliação, recebendo treinamento adequado. Do contrário, a lei transformar-se-á em letra morta.

A razão desse dispositivo é afastar um dos grandes embaraços que o credor encontra na execução. Em regra, na fase de avaliação o juiz se vale de um perito, cujos honorários o credor tem de antecipar, conquanto possa, oportunamente, acrescentar ao saldo devedor, e reaver. Mas a necessidade de antecipação encarece a execução, e obriga o credor a fazer despesas incômodas. Além disso, a perícia de avaliação sempre implica demora, em detrimento do credor. Com a possibilidade de avaliação pelo próprio oficial de justiça, o credor economizará os honorários e a execução prosseguirá de forma mais expedita. Mas é preciso que essa medida de celeridade não prejudique a segurança da avaliação, por isso é indispensável que seja ministrado aos oficiais o preparo necessário para promover a avaliação.

Mas, mesmo que o oficial tenha recebido adequado preparo, haverá casos em que ele não poderá avaliar, porque isso exigirá um conhecimento muito específico. Somente nessa situação é que o juiz nomeará um avaliador, fixando um prazo breve para a entrega do laudo (CPC, art. 475-I, § 2º).

14.2.4. DEFESA DO EXECUTADO

Na execução por título judicial, não há possibilidade de opor embargos, salvo na ajuizada em face da Fazenda Pública, que tem regramento próprio.

A razão de ser dos embargos é que o exame da defesa do devedor exige

a prática de atos cognitivos, e, com frequência, a produção de provas. Sempre se entendeu que isso não seria possível no bojo do próprio processo de execução, porque neste não se admite a prática de atos cognitivos, nem a produção de provas.

Mais recentemente, mesmo antes da Lei n. 11.382/2006, passou--se a admitir a apresentação de algumas formas de defesa, sem a necessidade dos embargos, o que traz grande vantagem ao devedor, que pode fazê-lo, sem ter os seus bens sujeitos à penhora. Mas essa defesa sempre ficou limitada àquilo que é de ordem pública e pode ser conhecido de ofício; ou aquilo que, mesmo não sendo de ordem pública, pode ser conhecido de plano, sem necessidade de produção de provas. A essas espécies de defesa, meros incidentes da execução, e não ações autônomas, deu-se o nome de objeções e exceções de pré--executividade, que serão tratadas em capítulo próprio.

Com a Lei n. 11.232/2005 a execução deixou de ser um processo autônomo, pois transformou-se em uma fase de um processo maior, que sucede a fase cognitiva. Diante da supressão dessa duplicidade de processos — o de conhecimento e o de execução — não havia mais razão para que a defesa do executado, na execução por título judicial, se fizesse por embargos. Estes continuam sendo a forma adequada de defesa, no processo autônomo de execução, fundada em título extrajudicial. Mas, na execução por título judicial, os embargos não mais se justificam.

A defesa do executado será feita por meio de um incidente, que não tem natureza de ação autônoma, e que a lei denomina impugnação.

Curiosamente, nela são praticados atos de cunho cognitivo, embora já se esteja na fase de execução. O prazo para que ela seja apresentada é de 15 dias, a contar da data em que o devedor é intimado da penhora, na pessoa de seu advogado, ou, na falta deste, na de seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio.

A impugnação tem, como requisito prévio, a efetivação da penhora, e a intimação do devedor. O prazo de apresentação é de 15 dias, e sua natureza é de mero incidente no bojo da fase executiva, enquanto os embargos são ação autônoma, de natureza cognitiva.

Na execução por título judicial continuam sendo admissíveis as exceções e objeções de pré-executividade. Elas foram criadas para que o devedor, em certas circunstâncias, possa defender-se sem a necessidade de penhora. Há casos em que não se justifica que o devedor tenha bens penhorados, seja porque a sua defesa é daquelas que o juiz já deveria ter conhecido de ofício, seja porque é matéria cognoscível de plano.

Na execução judicial, é requisito da impugnação que haja penhora. Sendo assim, haverá casos em que o juiz deverá aceitar a defesa antes que a penhora se efetive. Quando isso ocorrer, ela não receberá o nome de impugnação, mas de exceção ou objeção de pré--executividade. Ambas são incidentes, no bojo da fase executiva, sem efeito suspensivo. Mas, enquanto a primeira depende da efetivação da penhora, a última não. E, nas exceções e objeções de pré-executividade, a prova há de ser sempre preconstituída, ao passo que na impugnação o juiz deferirá a produção das provas necessárias.

Parece-nos que o executado também poderá defender-se por meio de

ações autônomas, tal como na execução por título extrajudicial. Poderá, por exemplo, ajuizar a *querela nullitatis*, para demonstrar que não foi citado, no processo de conhecimento, e, com isso, obter uma declaração de inexistência da sentença.

14.2.5. IMPUGNAÇÃO

É a forma de defesa por excelência na execução fundada em título judicial. Tem natureza de incidente processual, e, por isso, é julgada por decisão interlocutória, que desafia agravo, salvo se, do seu acolhimento, resultar a extinção da execução, caso em que o juiz proferirá sentença, contra a qual caberá apelação.

A efetivação da penhora é condição indispensável para sua apresentação. O prazo é de 15 dias, a contar da intimação da penhora, feita na forma do art. 475-J, § 1º. Mas, ao contrário do que ocorre com os embargos, à impugnação aplicar-se-ão os arts. 188 e 191 do CPC. Aos embargos eles não se aplicavam, dada a sua autonomia. Mas, como a impugnação é mero incidente, o prazo dobrará se o devedor for o Ministério Público (contra a Fazenda Pública a defesa continua sendo feita por embargos) ou se houver litisconsortes com advogados distintos.

Conquanto não tenha natureza de ação, nem forme processo autônomo, no seu bojo serão praticados atos cognitivos, isto é, atos que impliquem na solução de uma crise de certeza, e não de adimplemento. O juiz não determinará, no seu bojo, a prática de atos satisfativos, mas de atos que lhe permitam verificar quem tem razão.

Tal como os antigos embargos à execução por título judicial, tratados no art. 741 do CPC, na sua redação original, na impugnação a cognição não é plena, mas parcial, embora exauriente. Isso quer dizer que o juiz pode examinar as matérias alegadas com toda a profundidade, determinando as provas necessárias para formar sua convicção. No entanto, há um rol limitado de matérias que podem ser alegadas e conhecidas (sobre a diferença entre cognição plena e parcial, ver o capítulo "Objeto dos embargos" — item 17.3.4 — em que se trata com mais profundidade a questão).

O rol do art. 475-L é exaustivo (*numerus clausus*). Se a impugnação não se fundar nessas matérias, o juiz deverá rejeitá-la, liminarmente. Do ponto de vista da profundidade, a cognição é exauriente. Isso significa que o juiz não julga a impugnação com base em verossimilhança ou plausibilidade, como ocorre nas tutelas de urgência, mas com base em certeza, obtida após a produção das provas necessárias. O convencimento do juiz poderá ser buscado por todos os meios admitidos em direito, sem restrições.

A limitação é apenas quanto às matérias que podem ser alegadas, mas não quanto à profundidade com que o juiz pode examiná-las.

Todas as provas em direito admitidas, inclusive a pericial e a testemunhal, podem ser produzidas nessa impugnação, o que pode exigir a realização de audiência de instrução e julgamento. Nisso, e na exigência de penhora prévia, a impugnação difere por completo das exceções e objeções de pré-executividade.

A formação de autos em apartado dependerá do efeito que o juiz conceder à impugnação. Quando não tiver efeito suspensivo, o que será a regra, ela processar-se-á em autos apartados, o que se justifica porque, enquanto a execução continua correndo nos autos principais, a impugnação processa-se em separado. Se, no entanto, o juiz conceder efeito suspensivo à impugnação, ela correrá nos mesmos autos, não havendo necessidade de formação de um apenso.

A lei não menciona, mas parece que, nos casos em que antes era possível opor embargos à arrematação ou adjudicação (embargos de segunda fase), na execução por título judicial, agora será possível opor impugnação de segunda fase, com a finalidade de alegar matéria superveniente à impugnação anterior.

14.2.6. A IMPUGNAÇÃO E O EFEITO SUSPENSIVO

A impugnação não terá, em regra, efeito suspensivo. Essa disposição constitui conquista importante, trazida pela Lei n. 11.232/2005. Era frequente que o devedor antes da adoção da nova sistemática se valesse dos embargos com intuito protelatório, para conseguir por algum tempo retardar a execução. Com a nova lei, ele não terá sucesso, porque a impugnação, salvo situações especialíssimas, não terá esse efeito, e a execução prosseguirá, enquanto ela tramita.

A lei, no entanto, permite que o juiz conceda efeito suspensivo quando forem relevantes os seus fundamentos e o prosseguimento da execução for manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação.

É preciso que o juiz, ao examinar o pedido de efeito suspensivo, verifique os fundamentos invocados, e faça um exame, nesse momento ainda superficial, de sua relevância e do perigo de prejuízo. Os requisitos são próximos daqueles para a concessão das tutelas de urgência. Contra a decisão do juiz que deferir, ou denegar o efeito suspensivo, caberá agravo de instrumento.

Como a finalidade do efeito é prevenir danos, ainda que o juiz o conceda, a execução prosseguirá se o credor apresentar caução suficiente e idônea, arbitrada pelo juiz e prestada nos próprios autos. A caução afasta o perigo de prejuízo, garantindo ao devedor eventual ressarcimento, caso a execução prossiga.

14.2.7. PROCEDIMENTO DA IMPUGNAÇÃO

A Lei n. 11.232/2005 não traçou diretrizes a respeito do procedimento da impugnação. Fixou-lhe o prazo de interposição, em 15 dias a contar da intimação do devedor a respeito da penhora, e afastou, como regra, o efeito suspensivo.

Além disso, estabeleceu que, quando concedido, em caráter excepcional tal efeito, a impugnação correrá nos mesmos autos; do contrário, será autuada

em apartado. Mas nenhuma regra sobre o processamento do incidente foi estabelecida.

Parece-nos que, aforada a impugnação, deverá o juiz fazer um prévio juízo de admissibilidade, no qual verificará se estão preenchidos os requisitos para que possa processar-se. Cumprirá ao juiz verificar se o incidente foi apresentado no prazo; se por pessoa com legitimidade para o fazer; se a matéria alegada está entre aquelas que podem ser objeto de impugnação, conforme rol do art. 475-L. Não poderá ser objeto de impugnação algo que já tenha sido alegado em prévia exceção ou objeção de pré-executividade, e já tenha sido objeto de decisão judicial, sob pena de haver *bis in idem*.

Ainda no exame preliminar, o juiz deverá decidir se estão presentes as hipóteses especiais, que justificam a concessão de efeito suspensivo ao incidente. Se faltarem os requisitos de admissibilidade, o juiz indeferirá de plano o incidente, e contra essa decisão caberá agravo de instrumento. Do contrário, o juiz o receberá, dizendo se confere ou não efeito suspensivo, caso ele tenha sido requerido, e determinando a intimação do exequente, para que sobre ele se manifeste.

A lei não alude ao prazo que o exequente teria para manifestar-se. Mas, parece-nos que, se o devedor teve 15 dias para apresentar a impugnação, seja razoável considerar que o credor terá igual prazo para sobre ela manifestar-se, mantendo-se assim a igualdade entre os litigantes.

Com a resposta, o juiz verificará se já há elementos suficientes para proferir decisão. Em caso afirmativo, ele o fará. Caso não acolha a impugnação, proferirá decisão interlocutória agravável. Caso a acolha, é preciso verificar se disso resulta ou não a extinção da execução. Se não, haverá também decisão interlocutória; mas, se o acolhimento da impugnação implicar a extinção da execução, o recurso cabível será a apelação.

Se houver necessidade de produção de provas, o juiz as determinará, podendo nomear perito, ou designar audiência de instrução e julgamento, se necessário. As regras sobre a realização de uma e outra são as do processo de conhecimento.

Quando o juiz julga a impugnação por meio de decisão interlocutória, seja rejeitando a impugnação, seja acolhendo-a sem extinguir a execução, não haverá coisa julgada material, que é atributo dos efeitos da sentença.

Isso significa que o devedor poderá ainda tentar valer-se de ação autônoma, para impugnar o crédito, ação esta que não terá efeito suspensivo, na forma do art. 585, § 1º, do CPC.

Na impugnação não serão fixados novos honorários advocatícios, diante do seu caráter meramente incidental. A questão sempre foi controvertida, mas o Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1134186, de 3 de agosto de 2011, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, decidiu pela negativa, valendo os honorários fixados no início, salvo se a impugnação for acolhida, com a consequente extinção da execução.

14.2.8. OBJEÇÕES E EXCEÇÕES DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

A dificuldade com que o devedor defronta-se, para apresentar sua

defesa por meio de impugnação, é que ela só pode ser recebida após a penhora.

Há certas defesas, no entanto, que devem ser conhecidas de ofício pelo juiz: as objeções processuais, que envolvem matéria de ordem pública, e que, portanto, dispensam arguição pela parte interessada. As objeções podem ser conhecidas de ofício, e a qualquer tempo, não se sujeitando às regras da preclusão. É o que acontece com a falta de condições da ação, ou de pressupostos processuais, e com a prescrição e decadência, por exemplo.

Pode ocorrer, no entanto, que ao juiz passem despercebidas as matérias que ele poderia apreciar de ofício. Se isso ocorrer, o devedor poderá apontar ao juiz a sua existência. Em casos assim, não se justificaria a exigência de penhora de bens do devedor para que ele pudesse alegar aquilo que o juiz deveria conhecer de ofício.

As objeções podem ser alegadas pelo devedor na fase executiva, por simples petição, sem necessidade de impugnação. As matérias de ordem pública, que devem ser conhecidas de ofício, podem ser arguidas pelo devedor fora da impugnação, e sem necessidade de penhora, por meio das objeções de pré-executividade.

A expressão "objeção de pré-executividade" indica com mais clareza a hipótese acima descrita do que a expressão "exceção de pré--executividade", pois, do ponto de vista técnico, a palavra exceção traduz aquelas defesas que só podem ser conhecidas pelo juiz se alegadas oportunamente.

As objeções podem ser arguidas a qualquer tempo, porque não se sujeitam à preclusão. Mesmo que ultrapassado o prazo de impugnação, o devedor poderá, por simples petição, submeter ao juiz a apreciação de matéria cognoscível de ofício.

Controverte-se sobre a possibilidade de admitir, no sistema processual brasileiro, verdadeiras exceções de pré-executividade, nas quais o devedor, sem necessidade de impugnação, e independentemente de penhora, possa alegar defesas que não podem ser apreciadas pelo juiz de ofício. Parece-nos correta a opinião de Sérgio Shimura, de que seria admissível a exceção, desde que a defesa arguida pudesse ser apreciada pelo juiz, sem necessidade de produção de provas.

Com efeito, não se admite, fora da impugnação, que se instaure uma instrução incidente, de forma que todas as questões que demandem provas devem ser remetidas à impugnação. Há algumas defesas que, embora não cognoscíveis de ofício, dispensam qualquer produção de prova, por envolverem matéria de direito. É o caso do reconhecimento do pagamento, que, em regra, se prova por documentos. No entanto, desde que surja a necessidade de instrução, o juiz deve remeter as partes à via da impugnação.

Por exemplo, se o devedor alegar, e provar documentalmente, que pagou a dívida, o credor será ouvido. Se o pagamento puder ser reconhecido sem necessidade de produção de outras provas, nada impede que o juiz o faça de imediato, sendo injusto exigir de quem já pagou, que tenha seus bens constritos, para só então poder alegar que a dívida está extinta.

No entanto, se o reconhecimento de que houve quitação da dívida demandar provas, o devedor terá de valer-se da impugnação.

14.2.9. EXPROPRIAÇÃO DE BENS

Não há peculiaridades quanto à expropriação de bens, na execução por título judicial, aplicando-se *in totum* as regras referentes aos títulos extrajudiciais, que serão estudadas no capítulo correspondente.

14.2.10. ARQUIVAMENTO

O processo de conhecimento não pode ir ao arquivo, sem sentença. Se o autor não lhe dá andamento, o juiz determina que seja intimado para o fazer, sob pena de extinção. A inércia do autor é causa de extinção sem julgamento de mérito, do processo de conhecimento.

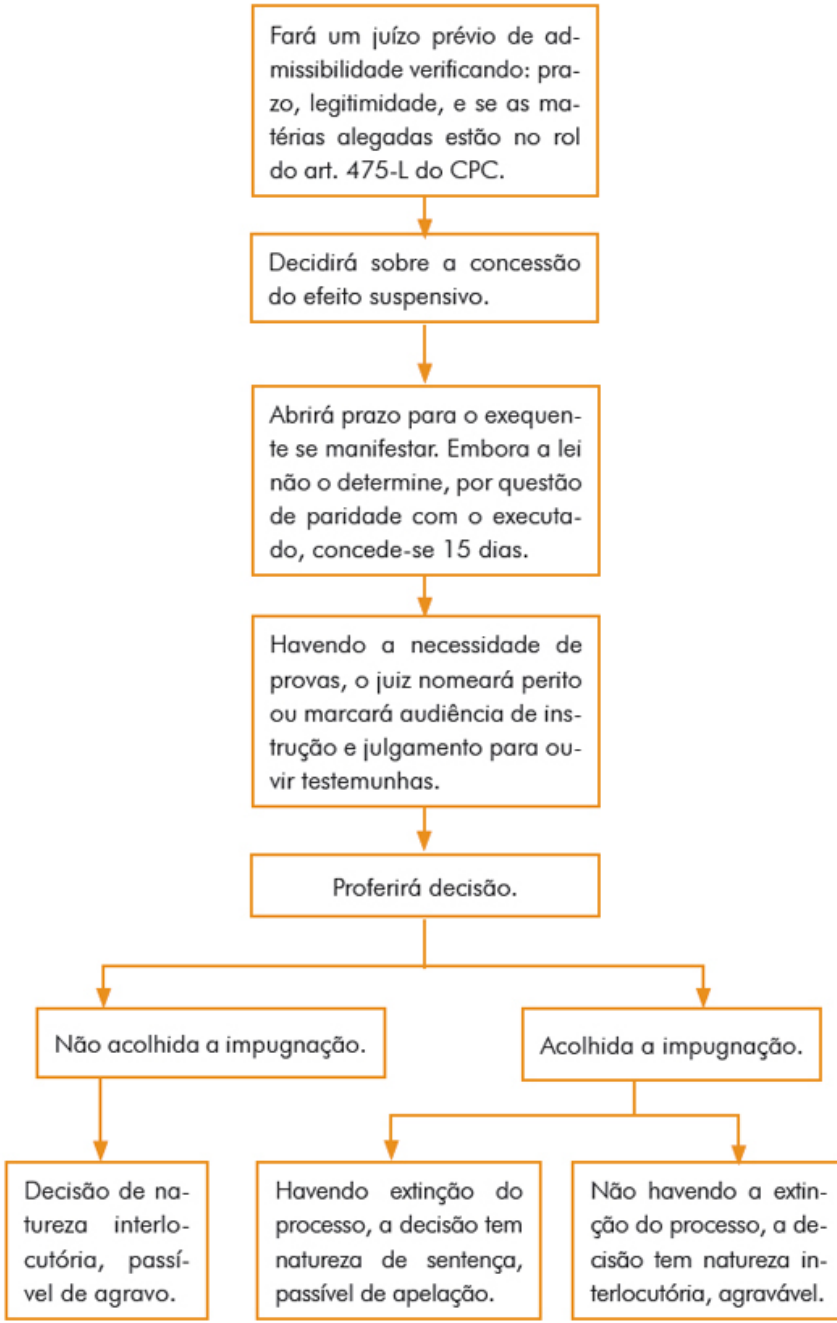
Na execução é diferente. Ela se extingue com a satisfação do credor. Se este não tem bens, ou se o autor, por outra razão qualquer, não lhe dá andamento, não é caso de extingui-la, mas de remetê-la ao arquivo, até que se consume a prescrição intercorrente.

O art. 475-J, § 5º, estabelece outra causa de arquivamento: encerrada a fase cognitiva, o credor terá prazo de 6 meses para dar início à execução, sob pena de arquivamento. Mas isso não significa que o processo seja extinto: ele fica no arquivo, aguardando provocação. Só não haverá mais possibilidade de ajuizá-la se o prazo de inércia do credor for tal que prescreva a pretensão executiva, sendo de lembrar-se que a execução prescreve no mesmo prazo que a ação. Assim, aquele que sofreu danos terá prazo de 3 anos para postular reparação. Transitada em julgado a sentença condenatória, o credor terá agora novos 3 anos, dessa vez para promover a execução, sob pena de prescrição. Mas, muito antes que esta se consume, os autos terão sido arquivados, já que bastam 6 meses de inércia para que isso ocorra. O credor que deu causa ao arquivamento e queira, depois, prosseguir na execução, deve postular que os autos sejam desarquivados, arcando com as custas correspondentes.

Quadro sinótico – Execução por quantia certa contra devedor solvente

Defesas do executado

Impugnação



14.3. EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA FUNDADA EM TÍTULO EXTRAJUDICIAL

Constitui processo autônomo, e não mera fase de um processo maior.

As regras que a regulam são aplicadas subsidiariamente à execução por título judicial.

A Lei n. 11.382, de 6 de dezembro de 2006, alterou profundamente a sistemática da execução por quantia fundada em título extrajudicial. Entre outras modificações, atribuiu ao credor a prioridade de indicar bens à penhora, que eram do devedor anteriormente; desvinculou a apresentação de embargos da prévia penhora, estabelecendo como *dies a quo* a juntada aos autos do mandado de citação cumprido; retirou dos embargos a eficácia suspensiva, como regra, e inovou quanto à forma de expropriação de bens, dando prioridade à adjudicação, cuja iniciativa foi atribuída ao exequente, ao credor com garantia real, aos credores concorrentes que tenham penhorado o mesmo bem e ao cônjuge, descendente ou ascendente do executado. A nova lei ainda criou a alienação por iniciativa particular, restringindo a alienação judicial e o usufruto de bens apenas para as hipóteses em que ninguém tenha interesse na adjudicação, nem tenha sido requerida a alienação particular.

Outras inovações foram introduzidas, como se verá nos capítulos seguintes.

14.3.1. CITAÇÃO

O devedor é citado para pagar em 3 dias o que deve. Na sistemática antiga, a citação era para que, em 24 horas, ele pagasse ou nomeasse bens à penhora. A Lei n. 11.382/2006 aumentou o prazo para 3 dias, dando ao devedor melhor oportunidade de tomar determinadas providências, como procurar o credor para tentar um acordo, ou contratar advogado. Mas reduziu a esfera de direitos do devedor, que agora só poderá efetuar o pagamento no prazo assinalado, sem possibilidade de nomear bens à penhora. Cumpre ao credor, já na petição inicial, indicar quais os bens que pretende ver penhorados, observada a ordem do art. 655 do CPC. A alteração é salutar, já que era frequente que o devedor indicasse bens de pouca liquidez, ou de valor inferior ao débito, para tentar furtar-se ao pagamento, originando um incidente que retardava o prosseguimento da execução.

Caso o exequente não indique bens à penhora, o oficial de justiça, depois de transcorrido *in albis* o prazo de 3 dias, poderá penhorar livremente os bens do devedor que encontrar, observada a ordem do art. 655 do CPC. Pode ocorrer que o credor não indique bens penhoráveis do devedor na petição inicial, porque não os consiga identificar ou localizar. O art. 652, § 3º, autoriza o juiz, de ofício ou a requerimento do credor, mandar intimar, a qualquer tempo, o devedor, para que indique bens passíveis de penhora. Se o executado, tendo bens penhoráveis, não os indica ao juiz no prazo de 5 dias, pratica ato atentatório à dignidade da justiça (art. 600, IV, do CPC), sujeitando-se às penas do art. 601 do CPC.

No processo de execução por quantia, admite-se apenas a citação por mandado e por edital. Inadmissível, em qualquer espécie de execução, a citação por carta (CPC, art. 222, *d*). Controverte-se sobre a possibilidade de citação com hora certa, havendo numerosas decisões em sentido contrário, fundadas no art. 653 do CPC, que determinam a citação por edital quando o

devedor não for encontrado. Mas, revendo posição anterior, parece-nos que a citação por edital deve ficar reservada às hipóteses do art. 231 do CPC. Se o executado estiver se ocultando, a citação deve ser feita com hora certa. A Súmula 196 do Superior Tribunal de Justiça admite essa forma de citação no processo de execução, sem qualquer ressalva.

O mandado de citação e penhora será único, mas deverá ser expedido em duas vias. Efetivada a citação, a primeira via será juntada aos autos, e, a partir de então, fluirá o prazo de 15 dias para a oposição de embargos, prazo este cuja fluência agora não depende mais da prévia realização da penhora. A segunda via do mandado fica em poder do oficial de justiça. Transcorrido o prazo de 3 dias a contar da efetiva citação do devedor, sem que tenha havido pagamento, o oficial, munido da segunda via do mandado, efetuará a penhora dos bens indicados pelo credor ou, se este não os indicar, dos bens que localizar, ou que forem apontados pelo próprio devedor. Mas, sendo ou não localizados bens e efetuada a penhora, o prazo dos embargos estará fluindo, desde a juntada do mandado de citação cumprido. Assim, enquanto o prazo de embargos flui da juntada aos autos do mandado de citação, o prazo de 3 dias para pagamento corre da efetiva citação, ficando o oficial com a segunda via do mandado em seu poder.

Se não for possível localizar o devedor, mas forem localizados os seus bens, a execução prosseguirá, observando o disposto no art. 653 do CPC. O oficial de justiça arrestará os bens do devedor, necessários à garantia do juízo. A guarda dos bens arrestados deverá ser confiada a um depositário (CPC, art. 148). Feito o arresto, o oficial de justiça deve, nos 10 dias seguintes, procurar o devedor, por três vezes, em dias distintos. Se o localizar, deverá citá-lo, convertendo-se o arresto em penhora. Se não, certificará o ocorrido, incumbindo ao credor, nos 10 dias seguintes da data em que foi intimado do arresto, requerer a citação por edital.

Findo o prazo do edital, o devedor terá prazo de 3 dias para pagar. Se não o fizer, o arresto converter-se-á automaticamente em penhora. A conversão é automática e independe de decisão judicial.

Seja qual for a forma de execução, se o devedor for citado por edital ou com hora certa, o juiz nomeará um curador especial para defendê-lo. O curador acompanhará toda a execução e oporá embargos, se tiver elementos para fazê-lo. Quando o curador não tiver elementos para opor embargos, ele não o fará, uma vez que inexistem embargos por negação geral.

O oficial de justiça que citar o devedor deve aguardar o prazo de 3 dias para que haja o pagamento. A Lei n. 11.382/2006 trouxe uma importante novidade: já na petição inicial, o juiz deve fixar os honorários advocatícios que serão devidos ao credor, caso haja o pagamento. Os honorários são devidos, porque o exequente teve que demandar, para poder receber o que lhe era devido, e devem ser fixados de acordo com o art. 20, § 4º, do CPC. Mesmo antes da nova lei, já era frequente que os juízes, na inicial, estabelecessem os honorários para a hipótese de pagamento; mas a novidade é que, se o devedor pagar, os honorários a ele carreados serão reduzidos à metade. É o que estabelece o art. 652-A e parágrafo único, como forma de incentivar o devedor a efetuar o pagamento espontâneo, sem necessidade de

penhora. Esses honorários são devidos, sem prejuízo daqueles que serão carreados ao vencido, em eventuais embargos de devedor. Assim, se o devedor não paga nos 3 dias, e oportunamente opõe embargos, nos quais sai vencido, terá de pagar os honorários fixados *ab initio*, mais aqueles decorrentes da sucumbência nos embargos.

14.3.2. PENHORA E AVALIAÇÃO

Caso o devedor não pague, o oficial de justiça penhorará tantos bens do devedor quantos bastem para a garantia do juízo. O valor dos bens penhorados deve ser tal que baste para o pagamento do principal, juros, custas e honorários advocatícios (CPC, art. 659). A penhora deve observar, preferencialmente, a ordem do art. 655 do CPC, mas tem-se decidido que esta não tem caráter rígido e absoluto, sendo possível invertê-la, quando se verificar que atende melhor à satisfação do crédito, sem onerar em demasia o devedor.

A penhora é o primeiro ato executório praticado na execução por quantia. Tem ela a função de individualizar os bens que serão expropriados para pagar o credor. Por meio da penhora, os bens do devedor são apreendidos e deixados sob a guarda de um depositário, ficando afetados à futura expropriação. Para a efetivação da penhora, o oficial de justiça pode solicitar uma ordem de arrombamento, podendo o juiz determinar o auxílio da força policial, sempre que necessário.

O auto de penhora deverá conter a data e o local em que ela foi realizada, o nome das partes, a descrição precisa dos bens e a nomeação de um depositário. Enquanto não nomeado o depositário, a penhora não se terá aperfeiçoado. A penhora que recair sobre imóveis deve ser registrada no respectivo Cartório de Registro de Imóveis. Porém, o registro não é condição de validade da penhora, mas sim condição de eficácia perante terceiros.

A penhora de bens imóveis, desde que apresentada a certidão da respectiva matrícula, será feita por termo nos autos, independentemente do local onde eles estejam situados. Não há necessidade, portanto, de penhora por mandado ou por carta precatória. Lavrado o termo, o executado será intimado pessoalmente ou na pessoa do advogado. Nesse ato, o executado será constituído depositário (CPC, art. 659, § 5º).

A penhora pode ainda ser realizada por meio eletrônico (penhora *on line*), em especial de numerário depositado em instituição financeira. Essa possibilidade, desde a edição da Lei n. 11.382/2006, passou a ser expressamente admitida, conforme o art. 659, § 6º, do CPC, e tem constituído importante mecanismo para a efetividade da execução. Mesmo antes da citação do devedor, quando se verificar que ele se oculta, ou que se encontra em local ignorado, ou que procura desfazer-se de seus bens, será possível requerer o arresto, por meios eletrônicos, de numerário depositado em banco.

A penhora não poderá recair sobre certos bens ditos impenhoráveis pela lei. O art. 649 do CPC enumera os bens assim considerados pelo legislador.

O rol de bens impenhoráveis ficou muito ampliado com a edição da Lei n. 8.009/90, que cuidou do bem de família. Assim, o imóvel residencial

próprio do casal, ou da entidade familiar, e os móveis que o guarnecem, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida, tornaram-se impenhoráveis. Tem-se decidido que a impenhorabilidade só atinge os móveis que forem indispensáveis a uma moradia digna, excluídos os supérfluos e desnecessários a tornar a residência habitável. A entrada em vigor da Lei n. 8.009/90 atingiu os processos em andamento, obrigando ao desfazimento das penhoras que já haviam sido realizadas.

A impenhorabilidade pode ser alegada nos embargos ou por simples petição, no próprio bojo da execução. Dificilmente, porém, o juiz poderá reconhecê-la de ofício, pois há necessidade de demonstração dos requisitos que caracterizam o bem de família.

Também são impenhoráveis os bens gravados com cláusula de inalienabilidade (CC, art. 1.911), salvo em razão de dívidas provenientes de impostos relativos aos respectivos imóveis. Por analogia, tem-se entendido que as despesas condominiais ensejam a penhora de bem gravado com cláusula de inalienabilidade, e de bem de família (Lei n. 8.009/90, art. 3º, IV).

A impenhorabilidade pode ser objeto de renúncia pelo devedor, expressamente ou, por exemplo, quando dá o bem em garantia hipotecária.

Imensa controvérsia ainda existe quanto à possibilidade de penhorar, por dívida particular, cotas pertencentes ao sócio, em sociedade limitada. Quando o contrato social permite a alienação a estranhos, de cota social, não há dúvida de que a cota poderá ser penhorada. Quando o contrato social vedar a inclusão de estranhos, ainda assim tem-se admitido a penhora, atribuindo-se, porém, à sociedade, a possibilidade de remir a execução, e, aos sócios, o direito de preferência na aquisição das cotas.

A Lei n. 11.382/2006 acrescentou ao rol do art. 649 outras hipóteses de impenhorabilidade. Destacam-se os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social, e os depósitos em caderneta de poupança, até 40 salários mínimos (incisos IX e X). Mais recentemente, a Lei n. 11.694/2008 acrescentou ao art. 649 o inciso XI, que tornou impenhoráveis os recursos públicos do fundo partidário, recebidos nos termos da lei, por partido político.

A penhora pode, ainda, recair sobre direito do devedor, que é objeto de ação em curso, ou sobre cota de herança a que o devedor faça jus, mas que ainda é objeto de inventário. Quando isso ocorrer, a penhora será feita no rosto dos autos e se efetivará, no momento oportuno, sobre os bens que couberem ou forem adjudicados ao devedor.

Feita a penhora no rosto dos autos, abrem-se ao credor três alternativas: aguardar o desfecho do litígio, que, julgado em favor do devedor, implicará efetivação da penhora sobre os bens que forem atribuídos a este; tentar alienar o direito litigioso, em hasta pública (CPC, art. 673, § 1º), opção que esbarrará na dificuldade em encontrar-se adquirentes de direitos, ainda em grau de expectativa; ou sub--rogar-se no direito do devedor, tornando-se titular do direito litigioso, caso em que poderá requerer o seu ingresso em

juízo, substituindo o devedor, respeitado o disposto no art. 42, § 1º, do CPC.

Nas hipóteses do art. 656, será possível às partes (em geral ao credor) requerer a substituição da penhora. Mas, mesmo fora dessas hipóteses, o devedor, no prazo de 10 dias após a intimação da penhora, poderá requerer a substituição do bem penhorado, desde que comprove cabalmente que a substituição não trará prejuízo algum ao exequente e será menos onerosa para ele.

Só será realizada uma segunda penhora se a primeira for anulada ou se o produto da primeira não for bastante para o pagamento do credor, ou se o credor desistir da primeira, por serem os bens litigiosos, ou já estarem penhorados, arrestados ou onerados.

Se mais de uma penhora houver recaído sobre o mesmo bem, terá preferência o credor que tiver algum privilégio de direito material. Assim, os credores com garantia real terão preferência sobre os quirografários. Se todos os credores forem quirografários, a preferência será dada ao credor que tiver, em primeiro lugar, efetivado a penhora.

Foi impreciso o art. 711 do CPC ao dispor que receberá, em primeiro lugar, o credor que promoveu a execução, pois deve ser respeitada a ordem cronológica das penhoras. Assim, receberá primeiro o credor da execução da qual resultou a primeira penhora, ainda que em outra execução tenha havido a alienação judicial do bem.

Ao realizar a penhora, o oficial de justiça deve desde logo proceder à avaliação do bem. Com a edição da Lei n. 11.382/2006 tornou--se uniforme a atribuição dada ao oficial de justiça, a quem agora incumbirá promover a avaliação tanto nas execuções fundadas em título judicial, quanto extrajudicial. Ela só será dispensada se for aceito o valor estimado pelo executado, nos casos em que ele requeira a substituição da penhora, ou quando se trate de títulos ou mercadorias, que tenham cotação em bolsa (art. 684 do CPC).

A avaliação integrará o auto de penhora, constituindo um todo único. Caso exija conhecimentos especializados, o juiz nomeará um perito, a quem caberá apresentar o laudo em prazo não superior a 10 dias.

As dificuldades que trará essa forma de avaliação, feita pelo oficial, foram já tratadas no item 14.2.3.

14.3.3. INTIMAÇÃO DA PENHORA

Uma das mais importantes inovações trazidas pela Lei n. 11.382/2006 ao procedimento da execução por quantia fundada em título extrajudicial é a desvinculação entre prévia penhora e oposição dos embargos. No sistema antigo, o devedor só poderia apresentá-los depois de ter sido intimado da penhora. Sem penhora prévia, os embargos não eram recebidos, e o prazo para sua oposição contava-se da data da juntada aos autos do mandado de intimação da penhora ao executado. Com a nova sistemática, a penhora não é mais condição para os embargos, cujo prazo agora corre da juntada aos autos do mandado de citação. Realizada ou não a penhora, os 15 dias para embargar estarão correndo. Isso implica a possibilidade de que a penhora só

se efetive quando os embargos já tiverem sido opostos, ou quando já tenham até mesmo sido julgados e encerrados. Esse novo sistema mostra-se vantajoso, porque a demora na localização de bens penhoráveis não impede o andamento da execução, permitindo que o devedor se defenda. Pelo sistema antigo, à demora para localização dos bens, sucedia novo retardo, decorrente da interposição dos embargos.

No sistema anterior, a intimação da penhora era fundamental, porque era a partir dela que corria o prazo para embargos de devedor. No atual, a intimação perdeu grande parte de sua função: sua utilidade será apenas dar ciência ao devedor de que a penhora e a avaliação foram feitas, para que ele possa requerer eventual substituição, ou possa apontar eventual irregularidade.

A intimação é feita na pessoa do advogado do executado, salvo se ele não o tiver, caso em que será feita pessoalmente. Importante inovação foi trazida pelo art. 652, § 5º, do CPC: como a intimação perdeu boa parte de sua importância, se o devedor não for localizado, o oficial de justiça certificará detalhadamente as diligências que realizou, podendo o juiz dispensar a intimação ou determinar novas diligências.

Quando a penhora recair sobre bem imóvel, o cônjuge do executado deverá ser intimado, seja qual for o regime de bens (CPC, art. 655, § 2º). Também deverão ser intimados os credores pignoratícios, hipotecários ou anticréticos, e o usufrutuário, quando a penhora recair sobre bens gravados por penhor, hipoteca, anticrese ou usufruto (CPC, art. 615).

Os credores com garantia real que não tiverem sido intimados podem obstar a realização da hasta pública, por meio de embargos de terceiro, como prevê o art. 1.047, II, do CPC. Se o devedor não tiver em seu patrimônio outros bens, além daquele dado em hipoteca a terceiro, o credor poderá excuti-lo, ficando ressalvado ao credor hipotecário o direito de preferência sobre o produto da excussão.

14.3.4. EXPROPRIAÇÃO

Profundas foram as mudanças trazidas pela Lei n. 11.382/2006 ao sistema de expropriação de bens, estabelecido no CPC. A alienação judicial em hasta pública deixou de ser a forma preferencial de expropriação, que passou a ser a adjudicação de bens. Somente se nenhum dos legitimados requerer a adjudicação é que poderá ser feita a alienação. Foi criada a possibilidade de alienação por iniciativa particular, que preferirá a feita em hasta pública, se o credor o desejar. A hasta pública sempre foi a forma por excelência de expropriação, e a adjudicação só cabia quando não houvesse licitantes. Mas o legislador percebeu que isso dificultava o bom êxito da execução, seja pelas despesas com que a hasta onerava o credor, exigindo a antecipação de despesas com publicação de editais, seja porque dificilmente apareciam licitantes que ofereciam pela coisa o que ela realmente valia, já que em segunda hasta o bem podia ser vendido por qualquer preço, desde que não fosse vil.

A adjudicação é mesmo mais conveniente, porque o bem é transferido

ao credor ou qualquer dos demais legitimados pelo preço de avaliação, e sem necessidade de outras despesas. A alienação particular surge como outra alternativa para, de maneira eficiente, alcançar fundos para a satisfação do crédito.

14.3.4.1. Adjudicação

A adjudicação é uma forma indireta de satisfação do crédito, que guarda semelhanças com a dação em pagamento, pois se realiza com a transferência da propriedade do bem penhorado ao credor, para extinção de seu direito.

Pode ter objeto bem móvel ou imóvel. O direito à adjudicação também foi deferido, pelo legislador, ao credor hipotecário e aos credores concorrentes que hajam penhorado o mesmo bem. O mesmo direito foi atribuído ao cônjuge, descendentes ou ascendentes do executado, uma vez que a Lei n. 11.382/2006 extinguiu a possibilidade de eles postularem a remição dos bens alienados em hasta pública.

Quando mais de um legitimado se apresentar, a adjudicação será deferida após prévia licitação entre eles; e, em caso de igualdade de oferta, terão preferência o cônjuge, os descendentes e ascendentes do devedor.

A adjudicação deve ser feita pelo valor pelo qual o bem foi avaliado. Não deverá ser deferida adjudicação por valor inferior ao de avaliação. Se o credor quiser tentar tornar-se proprietário do bem penhorado, pagando menos do que o valor de avaliação, deverá abrir mão da adjudicação e tentar arrematá-lo em segunda hasta, quando se admite a alienação do bem por qualquer preço, desde que não seja vil.

O Código de Processo Civil não fixa prazo para que os legitimados requeiram a adjudicação do bem. Assim, desde que tenha sido completada a avaliação dos bens, e até que tenha havido a alienação, particular ou em hasta pública, a adjudicação poderá ser requerida.

Deferida a adjudicação, será firmado o auto, quando se tratar de imóvel, ou mandado de entrega, quando o bem for móvel, expedindo-se, em seguida, a respectiva carta. Quando o valor do débito superar o valor pelo qual o bem está sendo adjudicado, a execução prosseguirá pelo saldo remanescente, sendo desnecessário que o credor deposite o preço, que será abatido do valor do débito. Porém, se o valor do débito foi inferior, o credor deverá depositar o saldo remanescente.

14.3.4.2. Alienação por iniciativa particular

Uma maneira eficiente de evitar as dificuldades e percalços das hastas públicas, que exigem publicação de editais, e nas quais o bem raramente alcança valor próximo ao de mercado, é promover-lhe a alienação particular, na forma da Lei n. 11.382/2006, que acrescentou o art. 685-C à lei processual. Para que ela possa ser realizada é preciso que ninguém tenha se interessado na adjudicação do bem, que é sempre preferencial. A venda pode

ser realizada por iniciativa do próprio credor, ou por intermédio de corretores credenciados perante a autoridade judiciária. Se o exequente o desejar, a alienação particular terá prioridade sobre a hasta pública. A possibilidade de alienação extrajudicial não é novidade em nosso ordenamento, pois é autorizado nos contratos regidos pelo sistema financeiro de habitação, e nos de alienação fiduciária em garantia.

Cumprirá ao juiz estabelecer as regras gerais para a venda da coisa: a forma de publicidade, o preço mínimo, as condições de pagamento e as garantias, bem como, se for o caso, a comissão de corretagem. Ao estabelecer o preço mínimo, o juiz deve levar em consideração o valor de avaliação do bem. A venda não pode ser feita por preço inferior ao da avaliação.

Consumada a alienação, não é necessária a outorga de escritura pública. Basta que o negócio seja formalizado por termo nos autos, assinado pelo juiz, exequente e adquirente do bem, que não precisa estar representado por advogado. Exaradas as assinaturas, o negócio estará consumado, sendo então expedida carta de alienação do imóvel — quando de imóvel se tratar — para registro no Cartório de Registro de Imóveis. Quando o bem for móvel, será expedido mandado de entrega ao adquirente.

14.3.4.3. Alienação judicial

Se nenhum legitimado se interessar em adjudicar o bem, e o credor não requerer a alienação por iniciativa particular, a execução prosseguirá com a realização de hastas públicas, para a alienação judicial do bem. Haverá sempre necessidade de designação de duas praças ou dois leilões, com diferença de 10 a 20 dias entre um e outro. Na primeira hasta, o bem não poderá ser arrematado por menos do que o valor de avaliação. Na segunda, o bem será vendido por qualquer preço que não seja vil.

Não há uma definição legal do que seja preço vil. O legislador preferiu empregar um termo vago, atribuindo ao juiz a apreciação, caso a caso.

A arrematação será precedida de edital, que deve conter todos os requisitos mencionados no art. 686 do CPC. O edital será afixado no local de costume, e, com antecedência de pelo menos 5 dias, será publicado em jornal de grande circulação local. Dispensa-se a publicação do edital quando o valor dos bens penhorados não superar sessenta salários mínimos. Nesse caso, porém, os bens não poderão ser arrematados por menos do que o valor de avaliação, mesmo na segunda hasta.

Designada a hasta, deve o executado ser intimado por intermédio de seu advogado ou, se não o tiver, pessoalmente, por mandado, carta com aviso de recebimento ou outro meio idôneo. Se a penhora tiver recaído sobre bem imóvel, também deverá ser intimado o cônjuge do devedor. Por fim, faz-se necessária a intimação dos credores com garantia real, que têm direito de preferência sobre o produto da arrematação.

O art. 689-A admite a possibilidade de o procedimento tradicional de hasta pública ser substituído por alienação feita pela rede mundial de computadores, a ser regulamentada pelo Conselho da Justiça Federal e pelos Tribunais de Justiça dos Estados.

O exequente pode participar da hasta pública. Se for ele quem arrematar os bens, não haverá necessidade de exibir o preço, salvo aquilo que exceder o seu crédito, e que deverá ser depositado em 3 dias, sob pena de desfazer-se a arrematação.

Arrematados os bens, será lavrado, de imediato, o respectivo auto (CPC, art. 693), que deverá ser firmado pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário da justiça ou leiloeiro. Firmado o auto, a arrematação reputar-se-á perfeita e acabada, só podendo desfazer-se nas hipóteses do § 1º do art. 694 do CPC.

Em seguida, será expedida a carta de arrematação que, registrada, implicará transferência da propriedade do bem ao arrematante. O depositário do bem deve entregar a coisa ao arrematante. Se isso não ocorrer, não será necessário ao arrematante ajuizar ação autônoma de imissão de posse, ou de execução para entrega de coisa certa. O depositário não adquire posse do bem, mas mera detenção, por agir em relação de dependência para com o Estado, cumprindo as ordens e instruções dele emanadas (CC, art. 1.198). O arrematante deve solicitar ao juiz da execução que emita um mandado de imissão de posse contra o depositário judicial, no bojo da execução, sem necessidade de ajuizar ação autônoma.

O depositário que não cumprir a contento o seu encargo estará sujeito a prisão civil, desde que configurado o depósito infiel. A prisão do depositário infiel, por até 1 ano, pode ser decretada no bojo da ação em que o encargo foi descumprido, sem necessidade do ajuizamento da ação autônoma de depósito. Assim, no curso da execução, o juiz pode determinar que o depositário exiba os bens, sob pena de prisão.

No Código Civil de 1916, o arrematante do bem em hasta pública não podia reclamar por vícios redibitórios, que tornassem a coisa imprópria ao uso, ou lhe reduzissem o valor (art. 1.106). Esse dispositivo não foi repetido no novo Código Civil. Hoje, o adquirente de bem em hasta pública tem ação redibitória e estimatória. O adquirente pode sofrer evicção, se for privado da coisa, em virtude de sentença judicial ou ato administrativo, que a atribua a terceiro. Nesse caso, o arrematante pode exigir do executado que o indenize pela perda sofrida e, se o executado for insolvente, pode o arrematante voltar-se contra o exequente, que se beneficiou com o produto da alienação.

Do contrário, o executado estaria tendo um enriquecimento sem causa, por ter a sua dívida quitada com o produto da alienação de um bem que não lhe pertencia.

14.3.4.4. Do usufruto de imóvel ou de móvel

Logo que se iniciou o estudo da execução por quantia certa contra devedor solvente, salientou-se que essa forma de execução caracteriza-se pela expropriação de bens do devedor.

As formas mais comuns de expropriação são a adjudicação de bens e a alienação de bens, já estudadas. A última e mais rara forma de expropriação é o usufruto de imóvel ou móvel que consiste em uma forma de o credor ressarcir-se, apropriando-se dos frutos e rendimentos dos bens do devedor.

Com isso, o devedor perderá o gozo do bem até que o credor seja pago.

Foi infeliz o Código de Processo Civil ao denominar usufruto essa forma de expropriação, que muito mais se assemelha à anticrese, direito real de garantia pelo qual o devedor pode entregar ao credor um imóvel, cedendo-lhe o direito de perceber, em compensação da dívida, os frutos e rendimentos.

O procedimento para que se decrete o usufruto de imóvel ou empresa vem descrito, com minúcia, nos arts. 716 e s. do CPC. Apesar disso, poucas vezes, na prática, tem-se visto a utilização desse instituto, mormente porque se tem admitido a penhora de uma proporção razoável do faturamento de empresa do devedor, desde que não se comprometa o funcionamento dela. A penhora do faturamento parcial da empresa é menos onerosa ao devedor, que não se vê privado da administração da pessoa jurídica, o que ocorreria com a decretação do usufruto.

14.3.5. REMIÇÃO

Nas 24 horas que devem transcorrer entre a arrematação, ou o deferimento da adjudicação, e a lavratura dos respectivos autos, era lícito ao cônjuge, descendente ou ascendente do devedor requerer a remição dos bens arrematados ou adjudicados. A remição de bens vinha tratada no art. 787 do CPC; não se confunde com a remição da execução (CPC, art. 651), nem com a remissão da dívida.

Remição da execução é ato do devedor, que paga o débito, mais juros, custas e honorários advocatícios. A qualquer tempo, antes da arrematação ou adjudicação dos bens, é possível ao devedor remir a execução. Remida, a execução extingue-se com o pagamento do credor.

Remissão da dívida é o perdão da dívida, concedida pelo credor ao devedor.

Já a remição de bens não era ato do devedor nem do credor, mas de seu cônjuge ou de seus parentes em linha reta, e devia ser requerida nas 24 horas que sucedem a arrematação ou a adjudicação. Com a remição de bens, procurava-se dar oportunidade de os bens alienados coativamente não pararem em mãos de estranhos.

Os arts. 787 a 790 do CPC, que autorizavam a remição de bens, foram revogados pela Lei n. 11.382/2006. Com isso, não mais se admite que ela seja requerida. A razão é evidente: o cônjuge, descendente ou ascendente que queira ficar com o bem está autorizado a requerer a sua adjudicação, tendo preferência sobre os demais interessados. Sendo assim, não se justificava mais que pudessem, após a alienação em hasta pública, postular a remição de bens.

Quadro sinótico – Execução por quantia certa fundada em título executivo extrajudicial

Intimação e penhora

Expropriação

Remição

Não confundir os três institutos:

15 EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

O Código de Processo Civil, a partir do art. 730, cuida das execuções ajuizadas contra a Fazenda Pública.

O procedimento previsto no Código de Processo Civil diz respeito apenas às execuções em que a Fazenda figura no polo passivo. A expressão "Fazenda Pública" engloba todas as pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estados, Municípios, Distrito Federal, autarquias e fundações públicas). Quando a Fazenda for exequente, o procedimento será aquele previsto na Lei n. 6.830/80.

Os bens públicos são impenhoráveis. Daí resultam consequências importantes, que vão repercutir no procedimento das execuções contra a Fazenda Pública, nas quais não pode haver expropriação de bens.

A execução contra a Fazenda pode estar fundada tanto em título judicial como em extrajudicial, que contenha obrigação de pagar quantia certa, de fazer ou de não fazer. Não há nenhuma limitação de ordem material ou processual na utilização de título extrajudicial, para embasar execução contra a Fazenda. Não há como aceitar a objeção de que a sentença contra a Fazenda está sujeita ao duplo grau de jurisdição, só ganhando força executiva após reapreciação pela superior instância.

A execução precisa estar fundada em algo a que a lei atribua força executiva. A sentença condenatória contra a Fazenda ganha força executiva quando transita em julgado, após o reexame necessário. O título executivo extrajudicial ganha força executiva desde que se adapte ao tipo legal e atenda a todos os requisitos formais previstos pelo legislador.

A principal peculiaridade da execução contra a Fazenda Pública é que ela continua formando um processo autônomo, ainda que fundada em título

executivo judicial. Como foi acentuado no item referente às técnicas de execução, a Lei n. 11.232/2005 consolidou o sistema de que, quando fundada em título judicial, a execução não é mais um processo autônomo, mas mero incidente de um processo maior. Isso não vale, porém, para a Fazenda Pública, pois a execução contra ela, seja a que título for, continua regida pelos arts. 730 e s., e o meio de defesa adequado continua sendo os embargos, na forma do art. 741. A Fazenda será sempre citada, e se defenderá por embargos.

Merece crítica essa solução legislativa, que mais uma vez procura distinguir a Fazenda, beneficiando-a em detrimento dos demais consumidores dos serviços judiciários. A Lei n. 11.232/2005 buscou promover uma execução mais rápida, quando fundada em título judicial. Não se justificava que a Fazenda ficasse fora das modificações. É certo que seus bens são impenhoráveis, mas não se vê por que manter-se a necessidade de citá-la e de permitir a defesa por embargos. De qualquer forma, foi essa a solução legislativa.

A Fazenda Pública não é citada para pagar, mas para, em 10 dias, opor embargos (a Lei n. 9.494/97 alterou esse prazo para 30 dias, mas o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que essa alteração só se aplica às execuções relativas a benefícios previdenciários, permanecendo o prazo de 10 dias para as demais espécies de execução contra a Fazenda Pública). Quando não opostos, ou quando opostos, forem julgados improcedentes, será expedido precatório, pelo qual o juiz, por intermédio do presidente do tribunal competente, requisita o pagamento. Os precatórios serão pagos em ordem cronológica, sob pena de sequestro de quantia necessária para satisfação do débito (CPC, art. 731).

As dívidas de natureza alimentar gozam de preferência e não precisam respeitar a ordem cronológica dos precatórios, expedidos para o pagamento de dívidas de natureza diversa (Súmula 144 do STJ). Há duas ordens cronológicas para pagamento: dos precatórios ordinários, expedidos para pagamento de dívidas não alimentares; e dos precatórios extraordinários, que gozam de preferência sobre os ordinários, e que são emitidos para pagamento das dívidas alimentares.

Controverte-se quanto ao reexame necessário da sentença que rejeitar ou julgar improcedentes os embargos opostos pela Fazenda Pública. Para Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, não há reexame necessário, porque a sentença não foi proferida contra a Fazenda, limitando-se a confirmar o título que já existe, e que está embasando a execução. Diverso o entendimento de Humberto Theodoro Junior, Araken de Assis e Sálvio de Figueiredo Teixeira, que consideram necessário o reexame.

Parece-nos que o art. 475, I, do CPC exige o reexame necessário sempre que a Fazenda for sucumbente. E, julgados improcedentes os embargos, a Fazenda terá sucumbido, tanto que será condenada a pagar a verba de sucumbência e terá interesse em apelar.

Recebido o requisitório, a Fazenda Pública deverá incluir no orçamento verba suficiente para o pagamento dos precatórios, sob pena de o credor preterido requerer o sequestro ou representar ao Procurador-Geral da

República ou de justiça, para que promovam ação objetivando a intervenção.

Quadro sinótico – Execução contra a Fazenda Pública

16 EXECUÇÃO DE PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA

O credor de obrigação de alimentos pode, se o preferir, utilizar a execução por quantia certa contra devedor solvente, para cobrar as prestações vencidas e não pagas.

No entanto, os arts. 733 e s. do CPC preveem uma forma de execução muito mais eficiente, que inclui a perspectiva de prisão civil do devedor inadimplente. De acordo com o art. 733, o juiz mandará citar o devedor para, em 3 dias, pagar, provar que já pagou ou justificar a impossibilidade de fazê-lo.

Ao devedor, restarão três alternativas: pagar ou provar que já pagou, caso em que a execução será extinta; tentar escusar-se, alegando impossibilidade de efetuar o pagamento; ou silenciar. Se o devedor não pagar, não provar que pagou, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão civil.

O prazo de prisão civil previsto no Código de Processo Civil é de 1 a 3 meses. No entanto, tem prevalecido o entendimento de que a prisão em decorrência de alimentos não pode superar 60 dias, conforme previsto na Lei de Alimentos (Lei n. 5.478/68, art. 19), que, embora anterior ao Código de Processo Civil, é lei especial e deve prevalecer sobre a lei geral.

O procedimento previsto no art. 733 do CPC pode ser empregado tanto para a execução dos alimentos definitivos, e aí a execução será definitiva, quanto para a execução dos alimentos provisórios e provisionais, caso em que a execução será provisória.

O cumprimento de prisão pelo devedor não o exonera do pagamento das prestações em razão das quais a prisão foi decretada. No entanto, não se decretará duas vezes a prisão do devedor, em decorrência das mesmas prestações. Nada obsta, porém, que nova prisão seja decretada, em razão do inadimplemento de outras parcelas que forem vencendo.

Da decisão que decreta a prisão civil do devedor de alimentos cabe agravo de instrumento, com a possibilidade de concessão de efeito suspensivo. Também tem sido admitida a impetração de *habeas corpus*, já que a prisão repercute no direito de locomoção do devedor. Ainda que decretada a prisão pelo máximo de tempo permitido, o devedor será imediatamente posto em liberdade, se pagar o que deve, já que a finalidade da prisão civil não é punitiva, mas coercitiva.

No prazo de 3 dias após a juntada aos autos do mandado de citação, o devedor pode optar por escusar-se, alegando a impossibilidade de fazer o pagamento. Se isso ocorrer, o juiz deve dar oportunidade para o devedor comprovar a impossibilidade, inclusive designando, se caso, audiência para ouvida de testemunhas. Trata-se de hipótese em que se admite instrução excepcional, no bojo do processo executivo. Acolhida a justificativa, o devedor não estará exonerado do pagamento do débito vencido, mas não se poderá mais decretar a sua prisão.

Também não cabe ao juiz da execução exonerar o devedor da obrigação de alimentos, nem alterar o valor das prestações, o que deverá ser postulado pelo devedor em ação autônoma de exoneração ou revisão de alimentos.

Muitas decisões (*RSTJ*, *84*:197) têm limitado a utilização do rito do art. 733 do CPC para um certo número de parcelas em atraso (a maior parte dos acórdãos tem feito menção a três parcelas). Assim, se o devedor ficou quase 2 anos sem pagar, somente as três últimas parcelas é que poderiam ser cobradas, sob pena de prisão. As anteriores só poderiam ser cobradas em execução comum, por quantia certa contra devedor solvente. Embora não haja limitação legal ao número de parcelas a serem cobradas sob a forma do art. 733, entende-se que o acúmulo exagerado de prestações poderia dificultar em demasia a possibilidade de o devedor purgar a mora e livrar-se da prisão. O Superior Tribunal de Justiça consolidou essa jurisprudência com a edição da Súmula 309, que tem a seguinte redação: "O débito alimentar que autoriza prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que vencerem no curso do processo".

Quando o devedor for funcionário público ou tiver emprego fixo, o credor poderá requerer que os alimentos sejam descontados em folha de pagamento, tornando desnecessário o ajuizamento da execução.

A execução de alimentos do art. 733 tem procedimento especial, e a ela não se aplicam as novas disposições da Lei n. 11.232/2005. Já a requerida com fundamento no art. 732 pode trazer dúvida. Esse dispositivo não foi alterado pela nova lei, e faz remissão expressa ao Livro II do CPC, que trata do processo de execução. Tem-se com isso a impressão de que ela se processa da mesma forma que as execuções por título extrajudicial, conquanto esteja fundada em sentença. Mas parece-nos que, em interpretação sistemática e teleológica, não se justifica que assim seja. Não há razão para que o procedimento mais célere e eficaz da nova lei não se aplique à execução de alimentos, processada na forma do art. 732. Ela está fundada em sentença, sendo lógico que a ela se apliquem as regras de execução de título judicial, e não extrajudicial.

Quadro sinótico – Execução de prestação alimentícia

17 DEFESA DO DEVEDOR EM JUÍZO NA EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL

De maneira geral, pode-se dizer que a defesa do executado é veiculada por ele, em regra, fora do processo de execução, na ação incidente de embargos de devedor.

Como a execução é sempre fundada em título executivo, o devedor pode optar por ajuizar ação autônoma que tenha por objeto a declaração de inexigibilidade ou a anulação do título.

Em determinadas situações, poderá o devedor defender-se no bojo da execução, sem que seja necessário opor ação incidente de embargos ou ação autônoma para desconstituir ou declarar a inexigibilidade do título executivo.

17.1. OBJEÇÕES E EXCEÇÕES DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Com a edição da Lei n. 11.382/2006, ficou muito restrita a admissibilidade de objeções e exceções de pré-executividade nas execuções fundadas em título extrajudicial. É que a principal razão desses incidentes é permitir ao devedor defender-se sem passar pelo constrangimento de ver seus bens penhorados. Na medida em que, pela nova sistemática, a oposição de embargos não está mais condicionada à prévia penhora, não se admitem mais tais incidentes.

No entanto, vislumbra-se ao menos uma hipótese em que o devedor poderá valer-se deles: quando o prazo de embargos tiver sido superado, e houver matéria de defesa a ser alegada, que não esteja sujeita à preclusão.

Imagine-se que o devedor perca o prazo para embargar, mas que haja matéria de ordem pública a ser alegada, não sujeita a preclusão, e que o juiz, conquanto devesse reconhecer de ofício, não examina. O devedor pode valer-se da objeção de pré-executividade para apresentar a defesa. Ou, imagine-se que a penhora só se efetive depois que os embargos estejam julgados, e recaia sobre bem impenhorável. O devedor poderá alegar, no próprio bojo da execução, sem necessidade de embargos, a impenhorabilidade do bem.

Afora essas hipóteses, não se vislumbra mais a possibilidade de objeções e exceções de pré-executividade, na execução por título extrajudicial.

17.2. AÇÕES DE CONHECIMENTO AUTÔNOMAS

O devedor pode ajuizar ação de conhecimento, buscando discutir o débito constante do título. São comuns as ações declaratórias de inexigibilidade da obrigação, ou de anulação do título e da relação cambial. As ações autônomas não inibem a propositura, nem suspendem o curso das execuções, aforadas pelo credor.

O fato de o devedor ter optado por não opor embargos, ou ter perdido o

prazo para fazê-lo, não o impede de ajuizar ação autônoma. Nem se alegue que a não oposição dos embargos tornou preclusa a possibilidade de discutir a dívida, porque a preclusão é fenômeno intraprocessual, que não estende seus efeitos a ações autônomas.

Opostos os embargos pelo devedor, será possível, ainda, o ajuizamento de ação autônoma, desde que com embasamento diverso daquele em que os embargos estavam fundados. Se os embargos e a ação declaratória tiverem o mesmo fundamento, e ficar configurada a tríplice identidade, estará configurada a coisa julgada ou a litispendência, com todas as consequências daí decorrentes. Assim, se o devedor embargou alegando que a dívida é indevida porque a assinatura constante do título é falsa, e os embargos foram julgados improcedentes, não será cabível o ajuizamento de ação autônoma com o mesmo fundamento. Afinal, não se pode olvidar que os embargos têm natureza cognitiva, e a sentença de mérito que for proferida reveste-se da autoridade da coisa julgada material.

Da mesma forma se o devedor, antes do início da execução, aforou ação autônoma de inexigibilidade do título por falsidade de assinatura. Julgada improcedente a ação autônoma, com trânsito em julgado, a questão não poderá ser rediscutida nos embargos, sob pena de ofensa ao efeito preclusivo da coisa julgada.

Portanto, é possível conviverem os embargos e a ação autônoma de conhecimento, desde que respeitadas as regras da coisa julgada e da litispendência. É possível, ainda, que haja conexão entre os embargos e a ação autônoma, caso em que se poderá determinar a juntada dos autos para seguimento conjunto, evitando-se o risco de decisões contraditórias.

17.3. EMBARGOS À EXECUÇÃO

17.3.1. INTRODUÇÃO

Os embargos são uma ação de conhecimento, incidente ao processo de execução, em que o executado terá oportunidade de apresentar ao juiz as defesas que tiver, produzindo as provas que forem necessárias.

Não são os embargos mero incidente do processo de execução, mas ação autônoma, de caráter incidente, em que o executado veicula sua pretensão de resistir à execução. Os atos processuais realizados nos embargos não têm caráter executivo. Nos embargos não se praticam atos de modificação da realidade empírica, nem aqueles que resultam no deslocamento de pessoas ou coisas, mas atos que, encadeados, buscam a obtenção de um provimento jurisdicional de mérito.

A peculiaridade dos embargos está em que, ação autônoma, eles veiculam a defesa do executado, e são sempre opostos incidentemente no processo de execução.

A ação de conhecimento de embargos do devedor não se confunde com a ação de execução; o processo dos embargos é distinto do processo de execução; e os procedimentos são também diversos. Há, no entanto, entre

execução e embargos um vínculo decorrente do fato de estes serem propostos incidentemente, veiculando a defesa do devedor.

Todos os princípios, peculiaridades e características próprios do processo de conhecimento são aplicáveis aos embargos. Assim, se o contraditório no processo de execução é mais restrito e limitado, nos embargos ele é pleno; se não há fase instrutória na execução, nos embargos são admitidas todas as provas cuja produção seja lícita; se a execução encerra-se com uma sentença apenas terminativa, que não se reveste da autoridade da coisa julgada material, os embargos visam à obtenção de uma sentença de mérito que se revestirá da autoridade da coisa julgada material.

17.3.2. COMPETÊNCIA

Os embargos devem ser ajuizados onde corre o processo de execução. Trata-se de hipótese de competência funcional, de caráter absoluto. Os embargos são distribuídos por dependência, e autuados não mais em apenso, mas em apartado, instruídos com cópias das peças processuais relevantes à execução, que poderão ser autenticadas pelo próprio advogado do embargante, sob responsabilidade pessoal (CPC, art. 736, parágrafo único).

Quando a penhora for feita por carta, o conteúdo dos embargos vai determinar se o juízo competente é o deprecante ou o deprecado. Dispõe o art. 747 do CPC, que, na execução por carta, os embargos podem ser opostos tanto no juízo deprecante como no deprecado, mas o julgamento competirá ao juízo deprecante, salvo se versarem sobre vícios ou defeitos da penhora, avaliação ou alienação de bens. Portanto, os embargos do devedor só poderão ser julgados no juízo deprecado se versarem apenas vícios e defeitos dos atos por este realizados. O juízo deprecado só tem competência para apreciar embargos que contenham defesas de cunho processual e que versem especificamente sobre os atos processuais a seu cargo.

Apenas os defeitos da penhora e avaliação poderão ser alegados nos embargos do devedor. Os defeitos na expropriação ou alienação de bens, mencionados no art. 747 do CPC, deverão ser objeto de embargos de segunda fase, opostos depois da arrematação ou adjudicação de bens.

Se o devedor quiser impugnar ato praticado no juízo deprecado, e, além disso, defender-se, discutindo o débito, será inevitável a oposição de dois embargos, que poderão ser apresentados, indistintamente, no juízo deprecante ou no deprecado, mas que terão de ser julgados em locais distintos. Assim, os embargos de conteúdo processual serão julgados pelo juízo deprecado, e os que versarem sobre o débito ou sobre matéria afeta ao juízo da execução, no juízo deprecante.

O art. 747 estabelece que os embargos podem ser apresentados tanto no juízo deprecante como no deprecado. Significa que eles poderão ser opostos no juízo incompetente, que, *incontinenti*, determinará a remessa ao competente.

Se a carta precatória é expedida para a citação do devedor, assim que realizado, o ato será imediatamente comunicado ao juízo deprecante, inclusive por meios eletrônicos, e o prazo para oposição de embargos correrá

da data da juntada aos autos de tal comunicação, cabendo ao devedor ficar atento a tal juntada (CPC, art. 738, § 2º).

17.3.3. PRAZO PARA A OPOSIÇÃO

Os embargos serão opostos no prazo de 15 dias. O prazo conta--se, na execução por quantia, da juntada aos autos do mandado de citação do devedor. A redação atual do art. 738, *caput*, do CPC, não deixa dúvida quanto ao termo inicial da contagem do prazo, que não corre mais da juntada aos autos da prova de que o devedor foi intimado da penhora, mas da juntada do mandado de citação devidamente cumprida. Trata-se de uma das mais importantes inovações trazidas pela Lei n. 11.382/2006, que dissociou o prazo dos embargos da existência de prévia penhora.

Quando a citação for feita por precatória, será imediatamente comunicado ao juízo deprecante, e o prazo de 15 dias correrá da juntada aos autos dessa comunicação.

O *dies a quo* do prazo é o mesmo, tenha a execução por objeto obrigação por quantia, de entrega de coisa, ou de fazer ou não fazer.

O prazo para a oposição dos embargos pelo devedor é de 15 dias. Há muita controvérsia quanto à natureza jurídica desse prazo. É certo, porém, que ele tem todas as características de um prazo preclusivo, embora preclusão consista na perda, por inércia, de uma faculdade processual, e a oposição de embargos não seja uma faculdade processual, mas o ajuizamento de uma nova ação.

Não se aplicam ao prazo de embargos os arts. 188 e 191 do CPC. Assim, o prazo de 15 dias não se modifica se o embargante é o Ministério Público, nem se os executados têm procuradores distintos. Afinal, os embargos são uma ação autônoma, de natureza cognitiva, que não se confundem com a execução.

Quando houver mais de um executado, sendo eles citados em ocasiões diferentes, o prazo de embargos para cada um correrá de forma autônoma e independente, salvo tratando-se de cônjuges (CPC, art. 738, § 1º). Não se aplica, assim, ao processo de execução, a norma do art. 241, III, do CPC, que dispõe que, no processo de conhecimento, o prazo de contestação inicia-se apenas quando encerrado o ciclo citatório. No processo de execução, os prazos para embargos são autônomos e correm à medida que cada qual dos executados é citado.

A Lei n. 11.382/2006 introduziu importante novidade, ao acrescentar o art. 745-A ao CPC. Trata-se de uma espécie de moratória concedida ao executado: no prazo dos embargos, o devedor que reconhecer o débito pode, depositando 30% do valor da execução, incluindo custas e honorários advocatícios, postular o pagamento do saldo em até seis parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1% ao mês. Deferido o pedido do devedor, os atos executivos ficarão suspensos, até que o pagamento se complete, ficando autorizado ao credor o imediato levantamento dos valores depositados. Caso não haja o pagamento, as parcelas restantes vencerão antecipadamente, e a execução prosseguirá, acrescida de multa de 10% sobre

o saldo restante, vedada a oposição de embargos.

A finalidade do dispositivo é facilitar a satisfação do débito, sem trazer prejuízos ao credor, que recebe de imediato uma parcela considerável, ficando o restante para os meses subsequentes. Para tanto, é preciso que o requerimento seja formulado no prazo dos embargos, isto é, nos 15 dias que sucedem a juntada aos autos do mandado de citação cumprido. Será preciso ouvir o exequente a respeito do pedido, mas, se estiverem preenchidos os requisitos, o juiz terá de deferi-lo. Não há, pois, discricionariedade judicial.

17.3.4. O OBJETO DOS EMBARGOS

Não se pode olvidar que os embargos têm natureza de processo de conhecimento.

Cândido Dinamarco, citado por Kazuo Watanabe (*Da cognição no processo civil*, Revista dos Tribunais, p. 51), ensina que a cognição do juiz, no processo de conhecimento, tem por objeto um trinômio de questões, que incluem a regularidade do processo (questões processuais), as condições da ação e, finalmente, as questões de mérito.

A cognição pode ser estudada em dois planos: o horizontal e o vertical. A cognição, no plano horizontal, diz respeito aos limites objetivos do que é submetido à apreciação do juiz. A cognição, no plano horizontal, pode ser plena ou parcial. Plena, quando não houver limites à extensão do objeto de debate entre as partes, levado ao conhecimento do juiz; parcial, quando o objeto da discussão no processo for restrito e obedecer a determinadas limitações.

Assim, do ponto de vista horizontal, a cognição do juiz nos embargos opostos à execução por título extrajudicial é plena porque o art. 745 do CPC permite que sejam deduzidas quaisquer matérias de interesse do devedor. Não há limitação ao objeto dos embargos. É diferente do que ocorre com a impugnação na execução por título judicial e nos embargos na execução contra a Fazenda Pública, em que a cognição, no plano horizontal, será parcial, por força do disposto nos arts. 475-L e 741 do CPC.

Do ponto de vista da profundidade da cognição (plano vertical), tanto na impugnação apresentada na execução por título judicial, como nos embargos, a cognição é exauriente, o que significa que não há limite à profundidade do juiz na apreciação do alegado. Portanto, o convencimento do juiz poderá ser buscado por todos os meios admitidos em direito, sem restrições.

Em síntese, na impugnação envolvendo título judicial, a cognição é parcial e exauriente, o que significa que há limites quanto às matérias alegáveis, mas não quanto à profundidade do juiz, no conhecimento daquilo que possa ser alegado. Nos embargos à execução, a cognição será plena e exauriente, não havendo limites no objeto e na profundidade da cognição, salvo nos embargos à execução por título judicial contra a Fazenda Pública, em que a cognição continua parcial e exauriente.

Os embargos de devedor são uma ação e um processo autônomo. Assim, o juiz deve apreciar, inicialmente, se estão preenchidos os

pressupostos processuais e as condições da ação, dos embargos.

Para que se possa obter uma sentença de mérito, no processo de conhecimento, é necessário que estejam preenchidos os pressupostos processuais e as condições da ação. Como os embargos são um processo autônomo, eles têm pressupostos processuais próprios, que deverão estar atendidos para que o processo chegue a bom termo, com sentença de mérito. Também deverão estar preenchidas as condições da ação. Se os pressupostos processuais e as condições da ação dos embargos do devedor não estiverem preenchidos, o juiz deverá extinguir os embargos, sem apreciar-lhes o mérito.

Além das questões processuais e condições da ação, dos embargos, podem ser submetidas à apreciação do juiz, quando do julgamento dos embargos, questões processuais e condições da ação, do processo e da ação executiva.

É possível suscitar nos embargos questões processuais da execução, como, por exemplo, a impenhorabilidade de bens, ou vício de citação ou da penhora. Ou ainda a falta de condições da ação executiva, como a ilegitimidade do exequente ou do executado, ou a falta de título executivo. A peculiaridade dos embargos é que as questões processuais e condições da ação executiva constituem matéria de mérito nos embargos.

Imagine-se, como exemplo, que seja ajuizada uma execução contra uma pessoa jurídica, contra a qual foi sacada uma duplicata. Se um dos sócios opuser embargos de devedor, e o juiz entender que ele não poderia fazê-lo, será proferida uma sentença de extinção nos embargos, sem julgamento de mérito, por ilegitimidade de parte. A execução prosseguirá contra a pessoa jurídica que, esta sim, poderá opor os embargos. Faltava uma das condições da ação de embargos.

Caso, porém, fosse proposta uma execução contra a pessoa jurídica, e esta opusesse embargos, alegando ser parte ilegítima na execução, porque a duplicata fora sacada contra outra empresa, e não contra ela, outro seria o desfecho. Aqui, a pessoa jurídica estaria legitimada a opor embargos, já que ela figuraria como executada. Porém, faltaria ao devedor legitimidade para ser demandado na ação executiva. Faltaria legitimidade passiva na execução, mas não careceria a devedora de legitimidade ativa para os embargos.

Nessa hipótese, se o juiz acolhesse o alegado pela devedora, ele julgaria procedentes os embargos, proferindo uma sentença de mérito, e, como consequência inexorável, extinguindo a execução.

Portanto, as questões processuais e condições da execução constituem matéria de mérito, quando invocadas nos embargos.

Ressalte-se que os pressupostos processuais e condições da ação executiva podem ser alegados nos embargos, mas também fora deles, na própria ação executiva, por meio das chamadas objeções de pré--executividade.

Além das questões processuais e condições da ação, o devedor poderá, nos embargos, discutir o débito, que é objeto da pretensão do exequente.

Ao julgar os embargos, portanto, o juiz pode ter de enfrentar três espécies de questões: as que versarem pressupostos processuais e condições da ação, dos próprios embargos de devedor, e que terão relevância para que

seja ou não proferida uma sentença de mérito nos embargos; questões processuais e condições da ação, do processo e da ação executiva, e questões que versem sobre o débito em si, que é objeto da pretensão do exequente. Nessas duas últimas situações, a sentença proferida nos embargos será uma sentença de mérito.

O art. 745 explicita algumas matérias que podem ser alegadas pelo devedor nos embargos. Nos quatro primeiros incisos indica algumas matérias específicas, mas no inciso V evidencia o caráter meramente exemplificativo do rol, ao permitir a alegação de qualquer matéria que seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento. Entre as matérias explicitamente indicadas estão: a) a ausência de título executivo. Sem título não há execução, e parece-nos que, mesmo ultrapassado o prazo de embargos, o devedor poderá, em objeção de pré-executividade, alegar a matéria; b) penhora incorreta ou avaliação errônea. A impenhorabilidade do bem pode ser alegada mesmo fora dos embargos, por simples petição, o que é de grande relevância porque será possível que, no momento da oposição dos embargos, a penhora e a avaliação não tenham sido realizadas. Se forem posteriores, eventual vício deverá ser alegado na própria execução, ou por novos embargos, que se restringirão ao tema; c) excesso de execução, ou cumulação indevida de execuções. Caso a defesa esteja fundada em excesso de execução, o recebimento dos embargos ficará condicionado a que o embargante indique o valor que entende devido, apresentando memória de cálculo (CPC, art. 739, § 5º); d) retenção por benfeitorias necessárias e úteis, nas execuções para entrega de coisa. Anteriormente, a alegação deveria ser objeto de embargos de retenção por benfeitorias, previstos no art. 744, que foi revogado. Não cabendo mais embargos de retenção, a matéria foi remetida para os embargos de devedor. Além dessas, o devedor poderá alegar qualquer outra defesa que tenha em seu favor.

17.3.5. RECEBIMENTO DOS EMBARGOS E EFEITO SUSPENSIVO

Os incisos do art. 739 do CPC enumeram as situações em que os embargos serão rejeitados liminarmente. A rejeição liminar ocorrerá quando eles forem intempestivos ou quando a petição inicial for inepta, nos casos previstos no art. 295 do CPC, ou ainda quando manifestamente protelatórios.

A petição inicial dos embargos deve obedecer aos requisitos do art. 282 do CPC, indicando, inclusive, o valor da causa, já que os embargos são ação autônoma. Atualmente, no Estado de São Paulo, há necessidade do recolhimento das custas iniciais, que pode ser diferido, quando comprovada, por meio idôneo, a momentânea impossibilidade financeira do embargante (art. 5º, IV, da Lei Estadual n. 11.608, de 29-12-2003). Se a petição inicial contiver vício sanável, o juiz deverá determinar a emenda no prazo de 10 dias.

O recebimento dos embargos não implicará, como regra, suspensão do processo de execução. A Lei n. 11.382/2006, editada com o intuito de tornar mais efetivo o processo de execução por título judicial, retirou a eficácia suspensiva dos embargos, tornando-a excepcional. Tal como na impugnação

ao cumprimento de sentença, os embargos não mais suspenderão a execução *ope legis*, mas apenas *ope judicis*. Na sistemática anterior, do simples recebimento dos embargos resultava a paralisação da execução, prosseguindo-se apenas quanto àquela parte que não fosse impugnada. Mas a experiência prática revelou que devedores frequentemente faziam mau uso dos embargos, apenas com a finalidade de protelar as medidas satisfativas.

Atento a isso, o legislador estabeleceu, como regra, a ausência de efeito suspensivo. Mas, preocupado com hipóteses em que o prosseguimento da execução possa causar prejuízos irreparáveis ao devedor, autorizou o juiz a concedê-lo excepcionalmente.

Os requisitos para a concessão de efeito suspensivo são análogos àqueles exigidos na impugnação ao cumprimento de sentença (CPC, art. 475-M), e afastam qualquer discricionariedade judicial: a) que haja requerimento do embargante, não podendo o juiz concedê-lo de ofício; b) que sejam relevantes os seus fundamentos, isto é, que sejam verossímeis as alegações apresentadas; c) que o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação; d) que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes. Os requisitos "b" e "c" são os mesmos da concessão de efeito suspensivo ao agravo de instrumento, e assemelham-se aos requisitos do *fumus boni juris* e *periculum in mora*, exigidos para a concessão de tutela cautelar. O requisito "d" só pode ser compreendido quando se lembra que, para opor embargos, não é mais necessário ter bens penhorados. Mas, para que a eles seja dado efeito suspensivo, a prévia garantia do juízo — pela penhora, depósito ou caução — é indispensável. Nem poderia ser diferente: se não houve ainda nenhuma agressão ao patrimônio do devedor, inexiste o perigo de prejuízo irreparável; nem haverá como continuar a execução, já que a prática dos atos satisfativos pressupõe a garantia do juízo.

Da decisão do juiz que conceder ou negar efeito suspensivo aos embargos caberá agravo de instrumento ao tribunal. Mas, haja ou não agravo, é possível ao juiz, a qualquer tempo, modificar a decisão a respeito do efeito suspensivo, quando forem alteradas as circunstâncias que a fundamentavam. É possível que o juiz negue efeito suspensivo ao receber os embargos, porque naquele momento não havia uma situação de risco, que posteriormente se manifesta. O juiz reexaminará, quando a parte o requerer, o pedido, seja para revogar o efeito antes concedido, seja para conceder o anteriormente negado.

Se os embargos forem parciais, isto é, impugnarem apenas parte do débito, a execução prosseguirá quanto ao resto. E quando houver mais de um executado, o efeito suspensivo concedido nos embargos opostos por um não se estende aos opostos pelos demais, quando o fundamento disser respeito exclusivamente ao primeiro.

Mesmo que seja concedido o efeito suspensivo, não haverá óbice para a efetivação dos atos de penhora e de avaliação de bens (CPC, art. 739, § 6º). Esse dispositivo não tem grande aplicação prática porque se o juiz atribuiu efeito suspensivo, já havia prévia garantia do juízo pela penhora ou depósito de bens. Mas pode haver necessidade de ampliação ou substituição de penhora, ou nova avaliação, o que não será obstado pela concessão do efeito

suspensivo. Apenas os atos de expropriação é que ficarão suspensos.

17.3.6. PROCEDIMENTO NOS EMBARGOS

Recebidos os embargos, o juiz mandará intimar o credor para impugná-los, no prazo de 15 dias. A intimação é feita pela imprensa oficial ao advogado do exequente.

Não se verificam os efeitos da revelia nos embargos de devedor. Portanto, a falta de impugnação aos embargos não fará presumir verdadeiros os fatos alegados na petição inicial. A razão disso é que a execução, contra a qual se opõem os embargos, está fundada em título executivo, dotado dos requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade.

Apresentada a impugnação, o juiz, se necessário, designará audiência de instrução e julgamento. Poderá ainda determinar a produção de prova pericial, se necessário.

17.3.7. SENTENÇA NOS EMBARGOS

O juiz proferirá a sentença no prazo de 10 dias.

A natureza da sentença de mérito será variável, de acordo com o que foi objeto dos embargos. Assim, se desfizer o título executivo ou algum ato processual, terá caráter constitutivo negativo. É o caso da sentença que anula penhora ou anula o título emitido com vício de consentimento.

A sentença pode ainda ter natureza declaratória, como a que declara a ilegitimidade do exequente ou executado, no processo de execução, ou declara a inexistência do título judicial, pela falta de citação do réu, no processo de conhecimento (*querela nullitatis*).

Da sentença caberá apelação, recebida apenas no efeito devolutivo, se os embargos houverem sido julgados improcedentes.

Caso os embargos sejam considerados manifestamente protelatórios, o juiz aplicará multa ao embargante, em valor não superior a 20% da execução. Se o caráter protelatório for visível *ab initio*, o juiz indeferirá a inicial de plano, na forma do art. 739, III, do CPC.

17.4. EMBARGOS DE SEGUNDA FASE

Na execução por quantia, o devedor pode ainda opor embargos, no prazo de 5 dias, a contar da lavratura do auto de adjudicação, alienação ou arrematação, e não da expedição da carta.

Nesses embargos, a cognição do juiz no plano horizontal é parcial, já que o devedor só pode alegar matéria superveniente à penhora (CPC, art. 746). Ou seja, o devedor só pode alegar nos embargos à arrematação, alienação ou adjudicação aquilo que ele não poderia ter alegado nos embargos de devedor, por tratar-se de matéria superveniente.

Permite-se ao adquirente, caso sejam opostos os embargos, desistir da aquisição, caso em que eles ficarão prejudicados. A razão é livrar o

adquirente dos percalços de um litígio que pode perdurar por longo tempo, e que, ao final, pode privá-lo do bem adquirido. Caso haja a desistência, o valor depositado em juízo pelo adquirente poderá ser imediatamente levantado por ele.

Se os embargos forem considerados manifestamente protelatórios, o juiz imporá multa de 20% do valor da execução ao embargante, que reverterá em favor de quem desistiu da aquisição (CPC, art. 746, § 3º). A redação do dispositivo dá a impressão de que a multa só caberia quando tivesse havido desistência do adquirente. Mas não nos parece que deva ser assim, pois o adquirente com mais razão fará jus a receber a compensação trazida pela multa quando persistiu no seu intento de aquisição, tendo que litigar pela coisa.

17.5. EXCEÇÕES DE INCOMPETÊNCIA, SUSPEIÇÃO E IMPEDIMENTO

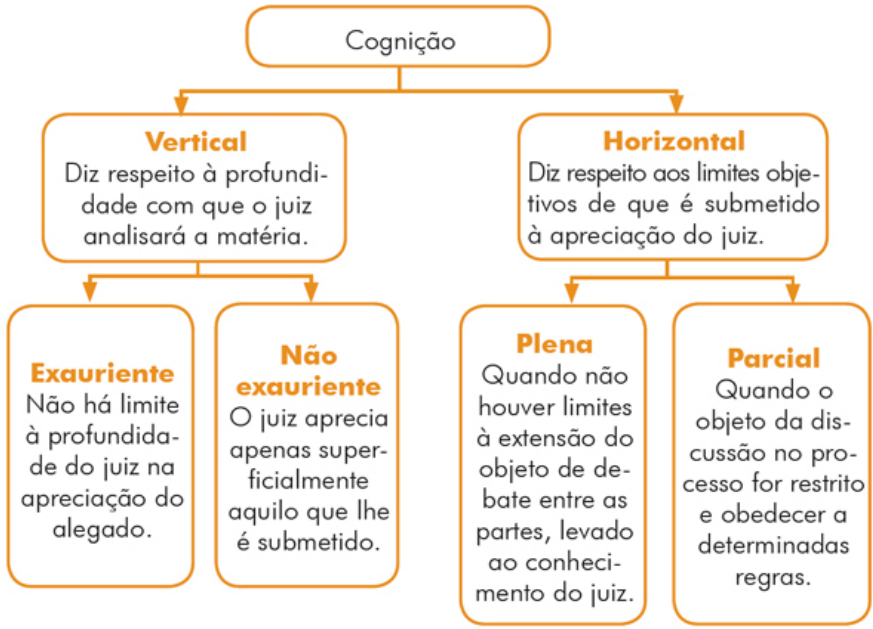
O art. 742 dispõe que o devedor deverá oferecer, juntamente com os embargos, exceção de incompetência, impedimento ou suspeição. Embora aparentemente incompatíveis, os dois dispositivos podem ser conciliados. Com a modificação do conteúdo do art. 741 do CPC, desapareceu a antiga controvérsia sobre a necessidade de essas matérias serem apresentadas no bojo dos embargos ou por exceção, em apenso.

Antes da Lei n. 11.232/2005 entendia-se que, quando a única defesa fosse a incompetência do juízo, ou suspeição e impedimento do juiz, o devedor teria de utilizar os embargos para argui-la. Quando o devedor quisesse invocar outros fundamentos de defesa, além da incompetência, suspeição ou impedimento, ele deveria valer-se dos embargos e da exceção. Com a modificação, não pode haver mais dúvida de que a incompetência, impedimento ou suspensão devem ser sempre objeto de exceção, em apenso.

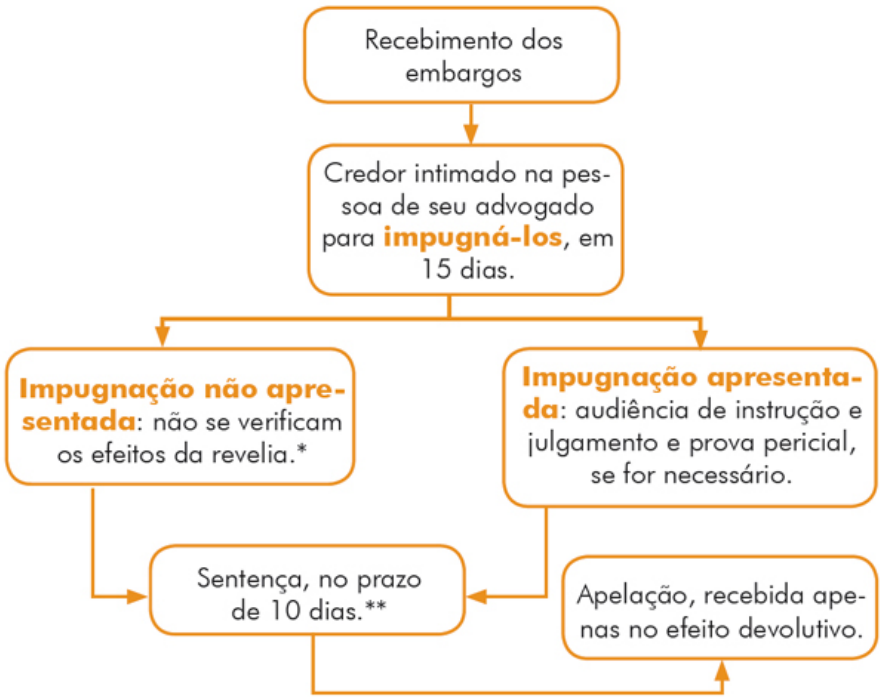
A exceção será oferecida juntamente com os embargos, conforme dispõe o art. 742 do CPC. Admite-se, porém, que ela seja oposta antes deles, mas sem suspender o prazo para ajuizá-los. Ainda que a exceção seja oposta antes, o executado terá de opor os embargos nos 15 dias da juntada aos autos do mandado de citação, sob pena de perder-se, irremediavelmente, o prazo.

Oposta a exceção anteriormente, o prazo de embargos não ficará suspenso. Mas, opostos os embargos, o seu processamento aguardará o desfecho da exceção.

Quadro sinótico – Defesa do devedor em juízo na execução por título extrajudicial



Procedimento e sentença nos embargos



18 EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR INSOLVENTE

O processo de execução por quantia certa contra devedor insolvente é autônomo e independente, e não mero incidente da execução singular. Não se concebe que a execução contra devedor solvente convole-se em concurso de credores, pela decretação da insolvência civil.

A insolvência civil guarda semelhanças com a falência, porque em ambas abre-se o concurso universal de credores, que partilharão, respeitadas as preferências, o produto da liquidação de bens do devedor. No entanto, só há insolvência do devedor civil, e falência do devedor comerciante.

Tal como o processo de falência, o de insolvência tem duas fases distintas: a primeira, de natureza cognitiva, cuja finalidade é constatar a insolvência, a ser declarada por sentença; a segunda, de caráter propriamente executivo, em que haverá a instituição do concurso universal de credores, e posterior partilha do produto da liquidação dos bens.

A execução concursal está estruturada de forma diversa da execução singular, haja vista os seus objetivos específicos: enquanto nesta a penhora recai apenas sobre os bens suficientes para a satisfação do débito, naquela há arrecadação de todos os bens penhoráveis do devedor, para satisfação da comunidade de credores.

Para que seja reconhecida a insolvência do devedor, é necessário que as dívidas excedam à importância dos bens do devedor. Ou seja, é necessário que o passivo do devedor supere o seu ativo.

A declaração de insolvência pode ser requerida pelo credor, munido de título executivo não adimplido oportunamente, ou pelo próprio devedor ou seu espólio. O credor, munido de título executivo, poderá, porém, optar por ajuizar execução contra devedor solvente, ainda que esteja caracterizada a situação fática da insolvência.

A primeira fase da execução contra devedor insolvente tem caráter cognitivo, e não executivo. Com efeito, não são praticados, nessa fase, atos executivos, mas atos de conhecimento, destinados a comprovar se o devedor está ou não em situação de insolvência, que será presumida, nas hipóteses do art. 750 do CPC.

Nos processos de insolvência civil há interesse público justificando a intervenção do Ministério Público.

18.1. INSOLVÊNCIA REQUERIDA PELO CREDOR

Somente o credor munido de título executivo, judicial ou extrajudicial, poderá requerer a declaração de insolvência do devedor.

O art. 755 do CPC dispõe que o devedor será citado para, em 10 dias, opor embargos. Como, porém, essa primeira fase tem natureza de conhecimento, a defesa do devedor não tem natureza de embargos, mas de mera contestação, não constituindo, destarte, ação autônoma. Em sua

contestação, o devedor poderá alegar qualquer das defesas enumeradas nos arts. 475-L e 745, conforme o título executivo em que se funda o pedido seja judicial ou extrajudicial. Poderá alegar, ainda, que não está insolvente, e que seu ativo supera o passivo.

Tal como na falência, o devedor poderá ilidir o pedido de insolvência, depositando o valor do crédito. O depósito não impedirá que o juiz conheça e aprecie o que for alegado em contestação, mas evitará a declaração da insolvência.

Se houver provas a produzir, o juiz designará audiência de instrução e julgamento; se não, proferirá sentença em 10 dias.

18.2. INSOLVÊNCIA REQUERIDA PELO DEVEDOR OU SEU ESPÓLIO

Da mesma forma que a falência, a insolvência pode ser requerida pelo próprio devedor, ou por seu espólio.

Para tanto, bastará dirigir uma petição ao juiz da comarca do domicílio do devedor, contendo os requisitos do art. 760 do CPC.

18.3. A DECLARAÇÃO JUDICIAL DE INSOLVÊNCIA

A primeira fase da execução por quantia certa contra devedor insolvente que, como foi visto, tem caráter de conhecimento, encerra--se com a prolação de sentença declaratória da insolvência, que produz o vencimento antecipado de todas as dívidas do devedor, e a arrecadação de todos os seus bens penhoráveis, instituindo o concurso universal de credores. Todos os credores deverão concorrer ao juízo universal da insolvência, habilitando seus créditos na forma dos arts. 768 e s. do CPC.

O juiz nomeará um administrador, cujas funções, enumeradas nos arts. 763 e s. são bastante assemelhadas às do síndico no processo de falência. Os bens do devedor serão arrecadados, e, posteriormente, alienados judicialmente. Liquidada a massa, os devedores serão pagos, respeitadas as ordens de preferência.

Quadro sinótico – Execução por quantia certa contra devedor insolvente

19 SUSPENSÃO E EXTINÇÃO DAS EXECUÇÕES

A execução será suspensa, total ou parcialmente, quando os embargos do devedor forem recebidos com efeito suspensivo, nas hipóteses previstas no art. 265, I a III, do CPC, ou quando o devedor não possuir bens penhoráveis.

A suspensão da execução enseja debates a respeito da prescrição da ação executiva. Não há controvérsia quanto ao fato de que a execução prescreve no mesmo prazo da ação (Súmula 150 do STF). O prazo prescricional da ação executiva flui da data em que a ação executiva podia ser proposta, isto é, desde que passou a haver título líquido, certo e exigível.

Proposta a execução dentro do prazo, é possível que o credor, por inércia, não lhe dê o andamento necessário. Nos processos de conhecimento, se o autor não dá andamento à ação, o juiz manda intimá-lo, para, em 48 horas, dar seguimento ao feito. Caso a inércia persista, o juiz extinguirá o processo sem julgamento de mérito.

A execução, no entanto, só se extingue com a satisfação do credor, ou quando o credor renuncia ao crédito. Assim, se o credor não dá andamento à execução, os autos serão remetidos ao arquivo, aguardando provocação do interessado. A partir da remessa dos autos ao arquivo, por inércia do interessado, passa a fluir o prazo da prescrição intercorrente que, a princípio, só existe na execução, já que, no processo de conhecimento, o processo não pode ficar paralisado por muito tempo, sob pena de extinção.

O prazo da prescrição intercorrente é o mesmo prazo da prescrição comum. No entanto, para que ela se verifique, é necessário que os autos tenham sido remetidos ao arquivo por inércia do titular. Se o arquivamento decorreu da impossibilidade de prosseguir a execução, porque inexistem bens penhoráveis, não flui o prazo de prescrição.

O art. 794 do CPC enumera as situações em que a execução será extinta: com a satisfação da obrigação; quando o devedor obtiver, por transação ou qualquer outro meio, a remissão total da dívida, ou quando o credor renunciar ao crédito. O rol do art. 794 não esgota as possibilidades de extinção do processo de execução. É possível que haja extinção em razão da desistência da ação pelo credor, caso em que será possível a repropositura oportuna, já que a desistência, ao contrário da renúncia, não atinge o direito material. Também será extinta a execução quando os embargos forem acolhidos, para anular ou declarar nulo o título, ou para reconhecer que a obrigação está extinta.

A extinção da execução só produzirá efeitos depois que for declarada por sentença. O processo de execução extingue-se com uma sentença, de caráter meramente terminativo. Não se trata de uma sentença de mérito, mas uma sentença em que o juiz limita-se a declarar extinta a execução.

O recurso cabível contra o ato judicial que declara extinta a execução é a apelação, ante a natureza sentencial desse ato.

Quadro sinótico – Suspensão e extinção das execuções

Título II
DO PROCESSO CAUTELAR

Capítulo I
DAS MEDIDAS CAUTELARES EM GERAL

O Código de Processo Civil brasileiro, seguindo a orientação doutrinária dominante, concebeu a função jurisdicional como busca de três resultados distintos: o conhecimento, a execução e a conservação. Daí a divisão do Código, que cuida do processo de conhecimento, de execução e cautelar, nos Livros I, II e III, respectivamente.

A cautelar ganhou autonomia como forma de prestação jurisdicional específica. No Código anterior, de 1939, ela era tratada como processo acessório, incluído no título das medidas preventivas.

O processo, conjunto de atos encadeados para a obtenção de tutela a uma pretensão, é frequentemente demorado. O decurso do tempo pode resultar na perda de utilidade do processo, trazendo para o titular da pretensão prejuízos irreparáveis. Além do retardo na obtenção de tutela a uma pretensão, fato que, por si só, gera desgaste e insatisfação, o titular da pretensão pode, em razão da morosidade do processo, obter uma sentença já inútil e de pouca valia.

São necessários, pois, remédios processuais que minimizem e afastem os perigos decorrentes da demora no processo, garantindo--lhe a efetividade. A tutela cautelar tem finalidade assecuratória e busca resguardar e proteger uma pretensão.

A finalidade da tutela cautelar nunca será satisfazer a pretensão, mas viabilizar a sua satisfação, protegendo-a dos percalços a que estará sujeita, até a solução do processo principal. A tutela cautelar visará sempre a proteção, seja de uma pretensão veiculada no processo de conhecimento, seja de uma pretensão executiva. Aquele que procura a tutela jurisdicional pode, portanto, fazê-lo com três finalidades distintas: buscar o reconhecimento de seu direito, por meio do processo de conhecimento; a satisfação do seu direito, por meio do processo de execução; e a proteção e resguardo de suas pretensões, nos processos de conhecimento e de execução, por meio do processo cautelar.

O caráter meramente assecuratório e protetivo distingue a tutela cautelar de outra forma de tutela urgente, realizada mediante cognição sumária da lide, que é a tutela antecipatória. Nesta, antecipa-se a satisfação da pretensão posta em juízo, e que só seria obtida com o provimento final. A tutela antecipada já realiza a pretensão, de forma provisória e em cognição superficial, antecipando os efeitos da sentença final.

Não se confundem, portanto, as duas espécies de tutela. As distinções

entre uma e outra serão aprofundadas oportunamente.

20 CARACTERÍSTICAS DO PROCESSO CAUTELAR

20.1. AUTONOMIA

O processo cautelar tem uma individualidade própria, uma demanda, uma relação processual, um provimento final e um objeto próprio, que é a ação acautelatória, como já acentuava Liebman.

O Código de Processo Civil coloca o processo cautelar no mesmo plano dos processos de conhecimento e execução, cada qual buscando obter uma finalidade distinta. Não se nega que o processo cautelar pressupõe sempre a existência de um processo principal, já que a sua finalidade é resguardar uma pretensão que está ou será posta em juízo. Mas a sua finalidade e o seu procedimento são autônomos.

Com efeito, as finalidades do processo cautelar e do processo principal são sempre distintas, já que na cautelar não se poderá postular a satisfação de uma pretensão. A distinção fica evidenciada ante a possibilidade de resultados distintos, nas duas ações. Nada impede a prolação de sentença favorável na ação cautelar, e desfavorável na principal, e vice-versa. São comuns, por exemplo, os casos em que a ação principal é julgada procedente, e a cautelar improcedente, por ser desnecessária qualquer proteção ou garantia àquilo que é postulado no processo principal.

A acessoriedade da cautelar não lhe retira a autonomia, pois a pretensão nela veiculada dirige-se à segurança e não à obtenção da certeza de um direito, ou à satisfação desse direito.

20.2. INSTRUMENTALIDADE

O processo, seja qual for a sua natureza, não é um fim em si mesmo, mas o meio pelo qual se procura obter a tutela a uma pretensão. O processo é o instrumento da jurisdição.

Por meio dos processos de conhecimento e execução, busca-se obter a solução definitiva para um litígio entre as partes. Se o processo principal é o instrumento pelo qual se procura a tutela a uma pretensão, o processo cautelar é o instrumento empregado para garantir a eficácia e utilidade do processo principal.

O processo cautelar é o meio pelo qual se procura resguardar o bom resultado do processo final, que, por sua vez, é o meio para se obter a tutela a uma pretensão. Daí dizer-se, com Calamandrei, que o processo cautelar é o instrumento do instrumento (instrumentalidade ao quadrado, ou em segundo grau). Ou, com Carnelutti, que o processo principal serve à tutela do direito material, enquanto o cautelar serve à tutela do processo.

20.3. URGÊNCIA

A tutela cautelar é uma das espécies de tutela urgente, entre as quais inclui-se também a tutela antecipatória. Só há falar-se em cautelar quando houver uma situação de perigo, ameaçando a pretensão. A existência do *periculum in mora* é condição indispensável para a concessão da tutela cautelar.

20.4. SUMARIEDADE DA COGNIÇÃO

Usando os critérios propostos por Kazuo Watanabe, pode-se considerar a cognição, nos planos horizontal e vertical.

No plano horizontal, considera-se a extensão e amplitude das matérias que podem ser alegadas, e que serão objeto de apreciação pelo juiz. Será plena a cognição quando não houver limites quanto àquilo que possa ser trazido ao conhecimento e apreciação do juiz; será limitada, ou parcial, a cognição quando o objeto do conhecimento for restrito a determinadas matérias. Assim, quando cuidamos do processo de execução, podemos salientar que a cognição nos embargos de devedor é parcial se a execução estiver fundada em título executivo judicial, porque o art. 741 do CPC limita as matérias que possam ser objeto de apreciação. Já quando a execução fundar-se em título extrajudicial, a cognição será plena, por força do disposto no art. 745 do CPC.

No plano vertical, a cognição leva em consideração o grau de profundidade com que o juiz apreciará as matérias que lhe são submetidas. Se o juiz deve apreciar apenas superficialmente aquilo que lhe é submetido, contentando-se com um menor grau de certeza para decidir, a cognição será superficial; se não há limite quanto à profundidade das perquirições do juiz, na busca do maior grau de certeza do direito, a cognição é exauriente.

Na cognição sumária, ou superficial, o juiz contenta-se em fazer um juízo de verossimilhança e probabilidade, incompatível com o exigido nos processos em que há cognição exauriente. Quando o juiz defere uma liminar em ação possessória, ele o faz com base em cognição sumária, contentando-se em verificar se o alegado na inicial é verossímil e plausível. Afinal, no momento da concessão da liminar o réu não terá tido sequer oportunidade de oferecer a sua contestação. Já o julgamento da ação possessória será feito com base em cognição exauriente.

Uma das características fundamentais do processo cautelar é a sumariedade da cognição, no plano vertical. A urgência da tutela cautelar não se compatibiliza com a cognição exauriente, que reclama a possibilidade de se esgotarem os meios de prova, pelas partes. O juiz deve contentar-se, no processo cautelar, com a aparência do direito invocado, o *fumus boni juris* (fumaça do bom direito).

Não se pode exigir, ante a urgência característica do processo cautelar, a prova inequívoca da existência do direito alegado, nem mesmo a prova inequívoca da existência do perigo. Basta a aparência, tanto do direito como

do perigo que o ameaça.

20.5. PROVISORIEDADE

A finalidade da ação cautelar, de resguardar e proteger a pretensão veiculada em outra ação, não é compatível com a definitividade própria das ações de conhecimento e execução.

O provimento cautelar será substituído, com a concessão da tutela definitiva à pretensão, obtida com a prolação de sentença de mérito, no processo de conhecimento, ou a satisfação definitiva do credor, no processo de execução. Assim, o provimento cautelar está destinado a perdurar por um tempo sempre limitado, até que o processo final chegue à conclusão. É importante lembrar que, nas ações cautelares, a cognição é sumária e o provimento é sempre provisório. Porém, nem toda decisão provisória, com cognição sumária, tem natureza cautelar.

Também nas tutelas antecipadas a cognição é sumária, contentando-se com a simples verossimilhança do direito alegado. Também são provisórias as tutelas antecipadas, porque destinadas a futura substituição pelo provimento final.

Porém, não há como confundir uma com outra, em razão do caráter satisfativo das tutelas antecipadas, incompatível com as cautelares.

20.6. REVOGABILIDADE

O art. 807, *in fine*, do CPC, estabelece que as medidas cautelares podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas.

Lopes da Costa já observava que o caráter *rebus sic stantibus* é inerente às medidas cautelares, que persistirão apenas enquanto perdurarem as condições que ensejaram a sua concessão. A modificação e a revogação de medidas cautelares já concedidas ficam condicionadas, porém, à alteração do estado de coisas que propiciou o seu deferimento.

20.7. INEXISTÊNCIA DE COISA JULGADA MATERIAL

A provisoriedade típica das ações cautelares é incompatível com a produção de coisa julgada material.

A cognição superficial também não se coaduna com a estabilidade peculiar à coisa julgada material, mormente porque o juiz limita-se a reconhecer a plausibilidade do direito invocado, e a existência ou não de uma situação de perigo. O juiz não declara ou reconhece, em caráter definitivo, o direito do qual o autor afirma ser titular, mas limita-se a reconhecer a existência da situação de perigo, determinando as providências necessárias para afastá-lo.

Apesar de a sentença cautelar não se revestir da autoridade da coisa julgada material, não é possível renovar o pedido com o mesmo fundamento.

Trata-se de aplicação da regra do *non bis in idem*, e não de consequência de eventual coisa julgada.

A proibição do *bis in idem* é comum a todos os ramos do direito, e vale não apenas para o processo cautelar, mas para todas as espécies de processo. Assim, não há dúvida de que a sentença que extingue o processo de conhecimento sem julgamento de mérito não se reveste da autoridade da coisa julgada material, permitindo a renovação da ação (CPC, art. 268). Para tanto, porém, será necessário preencher-se aquele requisito que estava faltando, e que ensejou a primeira extinção.

Nelson Nery Junior exemplifica: processo extinto por ilegitimidade de parte somente admite repropositura se sobrevier circunstância que implemente essa condição da ação faltante no processo anterior.

No caso das cautelares, cessada a eficácia da medida, ela só poderá ser concedida novamente se postulada com novo fundamento.

20.8. FUNGIBILIDADE

Consiste na possibilidade de o juiz conceder a medida cautelar que lhe pareça mais adequada para proteger o direito da parte, ainda que não corresponda àquela medida que foi postulada.

Em outras áreas do processo civil, fala-se também em fungibilidade. Todas as situações em que se admite a aplicação da fungibilidade têm um ponto em comum: a dificuldade frequente em apurar qual o provimento jurisdicional mais adequado a ser postulado, ou qual o ato processual mais adequado a ser tomado.

Fala-se em fungibilidade dos recursos de apelação e agravo naquelas situações em que há dúvida objetiva sobre qual a natureza jurídica do ato impugnado. Não basta a dúvida subjetiva, mas a existência de verdadeira controvérsia quanto à natureza sentencial ou meramente decisória do ato. A mesma dúvida, a justificar a aplicação da fungibilidade, ocorrerá nas ações possessórias, já que o legislador não fixou, de forma precisa, os contornos que diferenciam um esbulho de uma turbação. Casos há em que a ocorrência do esbulho é evidente; outros, em que será manifesta a turbação. Porém, há casos que ficam em zona cinzenta, intermediária, de forma que alguns os consideram esbulho, outros, turbação.

Para evitar maiores dificuldades, o legislador, no art. 920 do CPC, permitiu que o juiz conhecesse de uma ação possessória pela outra, sem com isso proferir sentença *extra petita.*

A fungibilidade mitiga os rigores da adstrição do juiz ao pedido. No caso das ações cautelares, o juiz pode valer-se da fungibilidade para conceder ao autor a medida que lhe parecer mais adequada, ainda que não corresponda àquela que foi pedida.

Justifica-se a aplicação da fungibilidade pelo fato de não estar em discussão, no processo cautelar, o direito material das partes, mas a eficácia do processo, que é o instrumento da jurisdição. O processo cautelar é um dos meios de garantir a eficácia do processo. Sem ele, toda a função jurisdicional

estaria ameaçada. Daí atribuir-se ao juiz a possibilidade de determinar a medida que lhe pareça mais adequada, para resguardar a efetividade do processo.

Controverte-se sobre a possibilidade de haver fungibilidade entre as ações cautelares nominadas e as inominadas. A fungibilidade não pode ser empregada para burlar as exigências do legislador quanto às cautelares nominadas.

O legislador previu certas situações em que haveria risco à efetividade do processo, prevendo, em consonância, as medidas adequadas para afastar esse risco. Sabia o legislador do perigo que há pelo fato de o devedor sem domicílio ausentar-se ou alienar os bens que possui, ou contrair dívidas e vender bens, apesar de ter domicílio, quando já insolvente.

Para afastar o risco de o credor ficar definitivamente prejudicado, sem poder obter, no patrimônio do devedor, a garantia do seu pagamento, o legislador previu o arresto. Exigiu, porém, uma série de requisitos para a sua concessão, como os previstos no art. 814 do CPC. Se tais requisitos não forem preenchidos, não se concederá o arresto.

O credor que não obedece aos requisitos do art. 814 não obterá o arresto. Ciente disso, poderia ele tentar burlar o dispositivo, postulando em juízo uma medida cautelar, por ele qualificada como inominada, mas em tudo semelhante ao arresto.

A invocação da fungibilidade e do poder geral de cautela não pode ser empregada com o fim de burlar as exigências legais, para as medidas cautelares nominadas, cujos requisitos foram expressamente previstos pelo legislador. Assim, o juiz só deve admitir a fungibilidade entre uma medida cautelar nominada e uma inominada se verificar que ela não resultará em burla às exigências e requisitos previstos pelo legislador para a concessão daquelas.

A Lei n. 10.444/2002 acrescentou um § 7º ao art. 273 do CPC, permitindo que o juiz conceda tutela cautelar se o autor tiver requerido uma tutela antecipada, desde que preenchidos os respectivos pressupostos. A medida será deferida em caráter incidental ao processo ajuizado. Com isso, a fungibilidade, que antes se limitava às tutelas cautelares, passou a existir entre elas e as tutelas antecipadas. Essa fungibilidade tem mão dupla, o que significa que o juiz também poderá conceder tutela antecipada quando tiver sido requerida uma tutela cautelar, desde que preenchidos os respectivos pressupostos, o que permitirá ao juiz conceder a tutela de urgência que lhe pareça mais apropriada, ainda que não corresponda à que foi pedida pela parte, sem que sua decisão possa ser considerada *extra petita*.

21 O PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ

O Código de Processo Civil de 1973 cuidou do poder geral de cautela do juiz no art. 798: “Além dos procedimentos cautelares específicos, que este

Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação".

A redação desse dispositivo não deixa dúvidas quanto ao caráter meramente exemplificativo (*numerus apertus*) das ações cautelares nominadas, enumeradas pelo legislador.

Enquanto vigorou o Código de Processo Civil de 1939 (Dec.--Lei n. 1.608), controverteu-se sobre a possibilidade de concessão de providências cautelares que não aquelas previstas como tais pelo legislador. Hoje não pode haver mais dúvida quanto à natureza meramente exemplificativa do rol de cautelares nominadas previstas em lei.

A parte pode solicitar ao juiz qualquer providência assecurativa e acautelatória, ainda que essa providência não tenha sido prevista. Há, portanto, a possibilidade de concessão de providências cautelares nominadas e inominadas.

As cautelares inominadas passaram a ser uma espécie do gênero cautelar. Ao atribuir o poder geral de cautela ao juiz, o legislador processual admite que não é possível prever todas as situações e hipóteses de risco e ameaça ao direito da parte. Há o reconhecimento, portanto, de que as cautelares nominadas não abarcam todas as possibilidades em que esse risco está presente. Caso houvesse uma enumeração taxativa de providências cautelares, a finalidade do processo cautelar estaria irremediavelmente prejudicada. Afinal, por mais minucioso que fosse o legislador, uma enumeração taxativa resultaria em lacunas, que tornariam deficiente o sistema protetivo.

O poder geral de cautela visa suprir as lacunas, oriundas da impossibilidade de prever todas as situações concretas que ensejariam a proteção cautelar. Daí dizer-se que o poder geral de cautela tem finalidade supletiva, buscando complementar o sistema protetivo de direitos, pela concessão, ao juiz, da possibilidade de suprir as lacunas do ordenamento positivo.

A concessão do poder geral de cautela repercute tanto nas atividades do juiz, que fica autorizado a conceder providência cautelar não prevista, como nos direitos processuais das partes, que podem postular a concessão de tais providências.

Não há dúvida de que é jurisdicional a atividade do juiz, no exercício do poder geral de cautela. Não nos parece, porém, adequado, falar-se em discricionariedade do juiz, pois o legislador deixou expresso quais são os requisitos para a concessão das providências cautelares: o *fumus boni juris* e o *periculum in mora.* Assim, preenchidos esses requisitos, não pode o juiz optar entre conceder ou não a tutela cautelar.

Não se confunde com discricionariedade a liberdade, e um certo grau de subjetivismo do juiz, na apreciação do preenchimento dos requisitos. O juiz é livre, respeitadas as regras da persuasão racional, para aferir se estão ou não preenchidos os requisitos da tutela cautelar. Mas, se o estiverem, não tem o juiz o poder discricionário de conceder ou não a tutela, por razões de

conveniência, próprias da seara administrativa, e não da jurisdicional.

O poder geral de cautela do juiz e a fungibilidade das ações cautelares demonstram uma preocupação do legislador em mitigar os rigores processuais, para, com isso, não prejudicar, de forma direta, a efetividade do processo, e, de forma indireta, o direito das partes, para o qual o processo serve de instrumento.

Resta saber se essa preocupação também justifica a mitigação do princípio da inércia, permitindo a concessão de providências cautelares de ofício pelo juiz. Luiz Guilherme Marinoni refere-se à existência de três correntes: a que entende somente possível a concessão de ofício da cautelar nos casos expressos em lei, a teor do art. 797 do CPC; a que admite a concessão irrestrita da cautela de ofício; e uma terceira, intermediária, que pensa ser possível a determinação de ofício da medida tão somente após a incoação do processo (*Tutela cautelar e tutela antecipatória*, 1. ed., 2. tir., Revista dos Tribunais, p. 69).

A razão parece estar com a terceira corrente: não há como admitir a concessão de providência cautelar sem provocar a atividade jurisdicional. Portanto, enquanto não ajuizada a demanda, não pode o juiz conceder providência cautelar, dando início à prestação de atividade jurisdicional não requerida. Porém, com a incoação do processo, o juiz poderá conceder medida cautelar de ofício em casos excepcionais ou quando expressamente autorizado por lei. Ainda quando não autorizado por lei, mas em circunstâncias excepcionais que o justifiquem, o juiz poderá, de ofício, conceder a medida cautelar.

Se o juiz pode o mais, que é conceder a medida cautelar de ofício, evidente que ele poderá o menos, que é conceder medida cautelar diversa da solicitada (fungibilidade). A possibilidade de, nos casos expressamente autorizados por lei ou em situações excepcionais, o juiz conceder medida cautelar de ofício, a fungibilidade das ações cautelares e o poder geral de cautela harmonizam-se e integram um sistema que demonstra a preocupação do legislador não só com a efetividade do processo mas também com a proteção e segurança dos direitos, ameaçados e em risco, das partes.

É compatível com esse sistema a concessão de providências cautelares urgentes por juízo absolutamente incompetente, quando necessário para a preservação do direito ameaçado, ressalvada a possibilidade de eventual reapreciação oportuna pelo juízo competente.

Dessa forma, o juízo incompetente pode apreciar e conceder providência cautelar, quando se der conta de que não há tempo hábil para que a providência seja postulada no juízo competente. Nesse caso, concedida a medida, será ordenada a remessa dos autos ao juízo competente, que poderá, eventualmente, reapreciá-la.

22 DIREITO SUBSTANCIAL DE CAUTELA

A autonomia adquirida pelo processo cautelar e o poder geral de cautela atribuído ao juiz têm levantado a indagação sobre a existência de um direito substancial de cautela. Ou seja, sobre a existência ou não de um direito material à proteção, quando houver uma situação de ameaça ou risco.

A questão divide os doutrinadores. Os que negam o direito substancial de cautela fundam-se na inexistência de obrigação correlata para o devedor. Assim, considerada a existência de um direito substancial de cautela para alguém, haveria de constatar-se, por outro lado, a existência de um dever ou obrigação substancial de cautela para outrem. O que justifica a concessão da medida cautelar não é o direito material de proteção, mas o risco processual de ineficácia do provimento final, em razão do decurso do tempo.

Para os que admitem a existência do direito material à segurança, a aparência de um direito (*fumus boni juris*) e o risco de ineficácia do provimento final (*periculum in mora*) geram uma pretensão à segurança. Ao conceder a medida cautelar, o juiz não reconhece o direito material da parte, postulado em juízo, mas reconhece o direito material de que aquela aparência de direito seja protegida de eventuais ameaças, até o julgamento final da ação principal.

A discórdia tem valor apenas terminológico, como reconhece Ovídio Baptista da Silva, porque ambas as correntes não negam o direito de a parte ser protegida de ameaças de lesão ao seu direito, seja esse direito material, seja esse direito meramente processual.

O art. 5º, XXXV, da CF não deixa margem a dúvidas, impedindo que seja excluída da apreciação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito.

Quadro sinótico – Cautelar

23 TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPATÓRIA

As tutelas urgentes, em que há cognição sumária, não se esgotam nas cautelares.

Antes de entrar em vigor a Lei n. 8.952/94, que deu nova redação ao art. 273 do CPC, estendendo a possibilidade de concessão de tutela antecipada a, em tese, todo e qualquer processo de conhecimento, desde que preenchidos os requisitos mencionados naquele dispositivo, vinha-se empregando, muitas vezes inadequadamente, a tutela cautelar como instrumento destinado à satisfação antecipada da pretensão. Como não havia, até então, a possibilidade de obter-se a tutela antecipada, salvo em situações específicas (como das liminares nas ações possessórias e de alimentos), ampliava-se, e, por vezes, desnaturava-se, a tutela cautelar, para que ela

pudesse abarcar situações nas quais se buscava obter desde logo a satisfação de uma pretensão.

Em razão disso, admitia-se a existência, em determinadas circunstâncias, das chamadas cautelares satisfativas.

No entanto, é incompatível com a função cautelar a antecipação dos efeitos própria da sentença, com a qual satisfaz-se a pretensão do titular de um direito. A existência de cautelares satisfativas configurava desvirtuamento da natureza e da função do processo cautelar, distorção que se poderia admitir antes da edição da Lei n. 8.952/94, mas que hoje não mais se justifica.

A tutela cautelar limita-se a assegurar o resultado prático do processo e a viabilizar a realização dos direitos dos quais o autor afirma ser titular, sem antecipar os efeitos da sentença. A tutela antecipada é um adiantamento da tutela de mérito, ou seja, é um adiantamento do objeto da demanda ou dos efeitos da sentença que concede aquilo que foi pedido.

A tutela cautelar não concede, antecipadamente, aquilo que foi pedido, mas busca resguardar e proteger a futura eficácia do provimento final. Um exemplo da diferença entre as tutelas cautelar e antecipada pode ser obtido pensando-se em uma ação com pedido de cobrança, ajuizada pelo credor.

A concessão de tutela antecipada, nessa ação de cobrança, anteciparia os efeitos da sentença de mérito, permitindo que o credor, antes da sentença, possa já satisfazer-se, executando o devedor. Como a tutela antecipada resulta ainda de cognição superficial, e portanto provisória, a execução será também provisória. Mas já será execução.

Afinal, um dos efeitos da sentença condenatória é permitir que se inicie a execução, ante a sua eficácia como título executivo judicial (CPC, art. 475-N, I). A tutela antecipada, ao açodar os efeitos da tutela de mérito, antecipa a possibilidade de dar-se início à execução, embora ainda provisória.

Já a tutela cautelar não atende, antecipadamente, a pretensão do credor, mas resguarda essa pretensão de um perigo ou ameaça a que ela esteja sujeita. Ao conceder um arresto cautelar, o juiz não antecipa os efeitos da sentença, nem permite que o credor já execute o seu crédito. Mas afasta o perigo de o devedor dilapidar seu patrimônio, tornando-se insolvente. Com isso, ao ser acolhida a pretensão do credor, na futura sentença, e quando for dado início à execução, o credor encontrará, no patrimônio do devedor, bens suficientes que lhe garantam o crédito. Sem a tutela cautelar, haveria o risco de o credor vencer, no processo de conhecimento, mas o provimento resultar ineficaz, porque o devedor privou-se de tudo o que possuía.

Não basta qualificar a tutela cautelar de preventiva, para distingui-la da tutela antecipatória. Com efeito, uma das hipóteses, e certamente a mais frequente, em que caberá a antecipação de tutela é a existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (CPC, art. 273, I), situação semelhante à exigida para a concessão da tutela cautelar (CPC, art. 798).

A diferença está na forma pela qual a tutela antecipada e a cautelar afastam o *periculum in mora*: na primeira, já realizando antecipadamente a pretensão daquele que se alega titular de um direito; na segunda, determinando medidas de proteção e resguardo que garantam a eficácia do

futuro provimento.

Há, nas tutelas cautelares, um vínculo de instrumentalidade com a tutela definitiva, que inexiste nas antecipatórias. Afinal, o processo cautelar serve a um outro processo, é instrumento de outro instrumento, enquanto a tutela antecipada não serve a nenhum outro processo.

Antes da modificação do art. 273 pela Lei n. 8.952/94, já era possível encontrar no Código de Processo Civil e em leis especiais tutelas urgentes, de cognição sumária (apreciação fundada em mero juízo de plausibilidade, e não certeza) e de caráter antecipatório.

Algumas vezes, essas tutelas estavam inseridas no bojo de ações de conhecimento, de rito especial. Por exemplo, as liminares nas ações possessórias de rito especial, concedidas pelo juiz quando o esbulho, turbação ou ameaça houvessem ocorrido há menos de ano e dia.

A liminar nas possessórias antecipa os efeitos do provimento final, pois realiza, para o autor, a pretensão que ele só veria atendida com a sentença. O autor que postula a sua reintegração na posse de um bem terá sua pretensão realizada desde logo, quando cumprida a liminar. Idêntica situação ocorre com as liminares de alimentos provisórios, nas ações de alimentos de rito especial.

Não se nega que essa liminar tem caráter preventivo, buscando resguardar o alimentando dos perigos decorrentes da demora, no curso do processo. Mas o perigo é afastado, realizando desde logo a pretensão do credor, que é a de receber alimentos.

No Livro III do Código de Processo Civil, que cuida das ações cautelares, é possível encontrar algumas medidas de cognição sumária, cuja natureza não é cautelar, mas verdadeiramente antecipatória.

A busca e apreensão de pessoas e coisas, com liminar, por exemplo, afasta o perigo de prejuízo irreparável, não com a tomada de providências instrumentais, mas com a própria realização antecipada do direito postulado. Com a modificação do art. 273 do CPC, não há mais razão para considerar a busca e apreensão como cautelar satisfativa, quando a sua efetivação for bastante para satisfazer a pretensão do autor. A busca e apreensão já será a própria ação principal, não acessória, e a liminar terá natureza de tutela antecipada.

O que a Lei n. 8.952/94 fez não foi propriamente criar a tutela antecipada, que, como ressaltado, já havia, antes, em situações específicas. O que a nova redação do art. 273 traz de novidade é a possibilidade de concessão de tutela antecipada de forma genérica para, em tese, todas as ações de conhecimento. Assim, *verbi gratia*, nas ações possessórias de força nova, será possível pleitear liminar, que tem natureza de tutela antecipada de mérito, específica para as possessórias de menos de ano e dia, e que tem requisitos específicos. Ultrapassado o prazo de ano e dia, não será mais possível pedir liminar, mas nada obstará a concessão de tutela antecipada, desde que preenchidos agora os requisitos genéricos do art. 273.

Se antes as situações em que havia a possibilidade de concessão de tutela antecipada dependiam de expressa previsão de lei (*numerus clausus*), e do preenchimento de requisitos específicos para cada caso (v. g., nas

possessórias o esbulho, turbação ou ameaça há menos de ano e dia; nos alimentos provisórios, a prova pré-constituída do dever alimentar), hoje a tutela antecipada pode ser concedida em qualquer ação de conhecimento (*numerus apertus*), desde que preenchidos os requisitos gerais enumerados no Código de Processo Civil (art. 273).

Por tudo isso, não há como admitir, hoje, possam existir ações cautelares satisfativas, às quais faltariam a referibilidade e instrumentalidade inerentes às ações cautelares.

Pelas razões expostas, não há como confundir a tutela antecipada e a cautelar. Mas é forçoso convir que elas têm muito em comum, sendo ambas dadas em cognição sumária e em caráter provisório. E os requisitos da tutela cautelar são muito próximos dos da tutela antecipada, deferida em razão de urgência. Inegável que havia casos que pertenciam a uma zona cinzenta, em que ficava difícil classificar a tutela em um ou outro sentido. Atento a essas dificuldades, em boa hora o legislador estabeleceu o princípio da fungibilidade entre elas, permitindo que o juiz conceda a tutela antecipada ainda que pedida a cautelar, e vice-versa. Com isso, torna-se irrelevante a denominação que se dá à medida de urgência, e atribui-se uma margem de liberdade ao juiz, para que conceda aquela que lhe pareça a mais apropriada, ainda que não corresponda à requerida pela parte.

Por força da fungibilidade das tutelas de urgência, o juiz pode, no bojo do processo principal, conceder tutelas antecipadas ou cautelares. Não há mais a necessidade de ajuizar um processo cautelar autônomo, para que a medida cautelar seja deferida. A medida de urgência pode ser postulada e deferida no bojo do processo principal, o que reduz a utilidade dos processos cautelares incidentais. Não há óbice a que, se o autor preferir, faça uso do processo autônomo, mas isso não é mais necessário, pois a tutela de urgência, seja ela cautelar ou antecipada, pode ser pedida no processo principal.

24 O MÉRITO NAS AÇÕES CAUTELARES

O processo cautelar, como todo processo, encerra-se com a prolação de uma sentença pelo juiz.

Essa sentença pode ter caráter meramente terminativo, resultando na extinção do processo sem julgamento de mérito. É o que ocorre quando não estão presentes as condições gerais da ação cautelar, que são idênticas às da ação de conhecimento e da ação executiva: a legitimidade, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido. Ou, ainda, quando não obedecidos os pressupostos genéricos para o desenvolvimento válido e regular do processo.

Quando preenchidas as condições da ação e os pressupostos processuais, o juiz proferirá, nas ações cautelares, uma sentença de mérito. O mérito cautelar não se confunde, porém, com o mérito da ação principal.

Ao apreciar o mérito, o juiz não se pronuncia sobre a existência e certeza do direito alegado, mas limita-se a verificar a existência dos

pressupostos necessários para a concessão da tutela protetiva: o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. Ainda é muito controversa a questão de o perigo na demora e o *fumus* constituírem condições da ação cautelar, ligadas ao interesse de agir, ou mérito. Parece-nos que os dois estão ligados ao mérito, porque a presença de ambos é requisito de procedência da ação.

Não há dúvida, porém, de que nas ações cautelares o interesse de agir acaba aproximando-se do próprio mérito. Essa aproximação, porém, não é bastante para confundi-los, nem para considerar concreta a ação cautelar:

a) *Fumus boni juris*. É a plausibilidade, a possibilidade de existência do direito invocado. Na ação cautelar, como já ressaltado, a cognição é sumária, de forma que o juiz não se pronunciará, em termos de certeza, sobre a existência ou não do direito alegado. A exigência da plausibilidade do direito invocado faz-se necessária para evitar a concessão de medidas quando não houver possibilidade de o direito ameaçado vir a ser, mais tarde, tutelado.

Para aferir o preenchimento desse requisito, o juiz não faz um exame aprofundado da relação jurídica *sub judice*, de sorte que o desfecho da cautelar não constitui um prognóstico daquilo que vai ser decidido no processo principal. Tanto assim que é perfeitamente admissível a existência de desfechos diversos, nas ações cautelar e principal.

Esse requisito é muito semelhante àquele genérico, que se exige nas tutelas antecipatórias: a prova inequívoca da verossimilhança da alegação. Também nas tutelas antecipadas há cognição sumária e exige-se a plausibilidade do direito alegado.

Embora haja um certo consenso entre os autores de que a prova inequívoca da verossimilhança do direito seja mais do que o *fumus boni juris*, em ambas a decisão estará fundada na probabilidade de existência do direito invocado. E, se é certo que essa probabilidade há de ser maior, para a concessão da tutela antecipada, do ponto de vista prático, fica muito difícil indicar em que momento o grau de probabilidade deixa de ser simples *fumus boni juris* e passa a ser prova inequívoca da verossimilhança do direito.

Seja como for, em ambas as situações, há apenas um juízo de plausibilidade, correspondente ao caráter provisório das tutelas urgentes de natureza cautelar e antecipatória.

b) *Periculum in mora*. É a probabilidade de haver dano para uma das partes, até o julgamento final da futura ou atual ação principal. Toda vez que houver a possibilidade de haver danos a uma das partes, em decorrência da demora no curso do processo principal, haverá *periculum in mora* a justificar a concessão da tutela cautelar.

Também aqui não há necessidade de um juízo de certeza quanto à existência do perigo. A simples probabilidade de haver um dano é o bastante. Com isso não se quer dizer que a tutela cautelar deva ser concedida quando o risco alegado não for sério e plausível, uma vez que o receio há de ser sempre fundado. O que se quer dizer é que não precisa haver cognição exauriente quanto à existência do *periculum*, bastando que o perigo alegado seja plausível e provável, ainda que não certo. O fundado receio, no entanto, há de ser objetivo, isto é, fundado em motivos sérios, que possam ser

demonstrados, e que encontrem amparo em algum fato concreto. Não se admite que o receio esteja fundado em temor, ou fato subjetivo, ou dúvida pessoal, decorrente de uma valoração subjetiva da parte.

O art. 798 do CPC fala em lesão grave e de difícil reparação. O juiz deve, no entanto, ser flexível ao apreciar esses requisitos, evitando que haja lesão grave, ainda que a reparação futura possa não ser difícil, e vice-versa. Do contrário, a tutela cautelar estaria privada de boa parte de sua função preventiva.

O fundado receio de prejuízo irreparável é também requisito para a concessão da tutela antecipatória de caráter preventivo (fica ressalvada a possibilidade de concessão de tutela antecipada, ainda que inexistente o perigo na demora, desde que haja abuso no direito de defesa, ou manifesto propósito protelatório). Com isso, conclui-se que os requisitos para a concessão da tutela cautelar e da tutela antecipatória preventiva são muito próximos, variando apenas a gradação da plausibilidade do direito invocado.

Embora próximas quanto aos requisitos para a sua concessão, as duas formas de tutela são sempre muito distintas quanto ao seu objeto, já que a cautelar nunca terá função satisfativa, e, portanto, nunca será uma tutela de mérito, ao contrário do que ocorre na tutela antecipatória.

25 TUTELA CAUTELAR E LIMINARES

A liminar consiste na obtenção prévia e antecipada daquilo que só se obteria ao final, quando da prolação da sentença.

Evidentemente que a liminar não antecipa a própria sentença, mas os efeitos que seriam por ela produzidos. Portanto, toda vez que o juiz antecipar algum efeito que só seria obtido quando da prolação de uma sentença, ele estará concedendo uma liminar.

Uma leitura apressada dos parágrafos anteriores poderia levar o leitor a concluir, equivocadamente, que a natureza jurídica da liminar é sempre de tutela antecipada, já que na liminar há antecipação dos efeitos da sentença. Porém, não se pode esquecer que há sentenças tanto nas ações cautelares como nas ações de conhecimento (também o processo de execução encerra-se com uma sentença, que não nos interessa neste momento, porque não há a possibilidade de concessão de liminar no bojo do processo de execução).

A sentença proferida nas ações cautelares, embora possa ser de mérito, não satisfaz e não realiza o direito alegado pelo autor, mas apenas toma providências protetivas e assecuratórias. Assim, a liminar concedida nas ações cautelares tem natureza de tutela cautelar, porque antecipa os efeitos da sentença cautelar, efeitos esses que são instrumentais e se referem ao direito postulado na ação principal.

Ao deferir uma liminar em uma ação cautelar, o juiz não está realizando antecipadamente o direito do autor, mas antecipando a tomada de medidas protetivas e assecuratórias desse direito. A sentença cautelar não é satisfativa

do direito do autor. Assim, a liminar na ação cautelar, que antecipa os efeitos dessa sentença, também não tem natureza satisfativa, e portanto não pode ser qualificada de tutela antecipatória.

Há liminares, porém, que não têm natureza cautelar, mas de verdadeira tutela antecipatória. É o que ocorre com as liminares nas ações possessórias de força nova, e nas ações de alimentos de rito especial, com as quais já estão sendo antecipados os efeitos da sentença, realizando desde logo o direito do qual o autor se entende titular. A liminar nas ações possessórias não tem por finalidade precípua assegurar e proteger (tanto que dispensa, como requisito, o *periculum in mora*), mas satisfazer antecipadamente a pretensão do autor, antecipando os efeitos da futura sentença.

Em síntese, a liminar sempre antecipa aquilo que seria concedido pela sentença. Se a sentença concederia uma providência cautelar, a liminar antecipará essa providência, e terá natureza de tutela cautelar. Se a sentença já realizaria a pretensão do autor, a liminar antecipará essa realização, e terá, pois, natureza de tutela antecipada. Com a fungibilidade entre as tutelas antecipada e cautelar, porém, admite-se a possibilidade de, no curso do processo de conhecimento, o juiz conceder liminar de natureza cautelar, se lhe parecer mais apropriado. Nesse caso, a liminar não terá antecipado o que seria concedido na sentença, mas apenas afastado uma situação de perigo por meio de medidas assecuratórias.

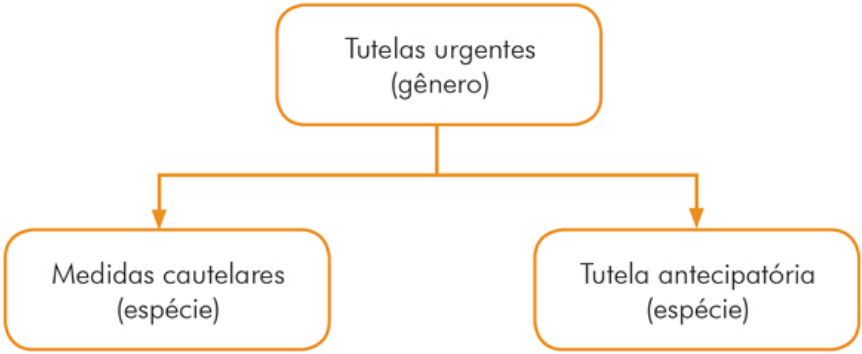
Nas ações cautelares, a liminar terá sempre natureza cautelar. No entanto, não há como confundir a liminar com a própria cautelar, pois a liminar antecipa os efeitos da sentença cautelar.

É claro que, como a liminar nas ações cautelares tem também natureza cautelar, os requisitos para a sua concessão acabam confundindo-se e mesclando-se com os requisitos da própria ação cautelar, embora haja certa gradação na urgência.

Com efeito, é requisito da procedência da cautelar que haja perigo de dano irreparável, ou seja, que a demora até o julgamento final da ação principal traga danos às partes. Também é requisito para a concessão da liminar cautelar a existência de perigo, mas de um perigo mais imediato, que não tolere a demora não só do processo principal mas também do próprio processo cautelar.

O juiz, ao acolher a ação cautelar, determinará providências que não poderiam aguardar o transcurso de tempo, necessário ao processo principal. Ao deferir a liminar, providenciará aquilo que não possa aguardar sequer o desfecho da ação cautelar. Assim, se a ação cautelar tem por fim a tomada de medidas protetivas, a liminar cautelar antecipa a tomada de tais medidas.

Quadro sinótico – Tutela cautelar e tutela antecipatória



O mérito nas ações cautelares

Tutela cautelar e liminares

26 PROCEDIMENTO CAUTELAR

26.1. CAUTELARES PREPARATÓRIAS E INCIDENTAIS

Em capítulos anteriores, já ficou demonstrado que as ações cautelares não podem ter, entre suas finalidades, a satisfação da pretensão do autor.

Não há como falar-se, portanto, em cautelar satisfativa, já que toda cautelar é instrumental de um outro processo. A ação cautelar pressupõe sempre a existência de outra ação, de conhecimento ou de execução, que já tenha sido proposta ou que esteja para ser proposta.

O art. 796 do CPC dispõe que o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal, sendo sempre dependente deste. Daí por que as ações cautelares podem ser preparatórias ou incidentais: preparatórias quando aforadas antes do ajuizamento da ação principal; incidentais quando ajuizadas no curso do processo principal.

Tanto a cautelar preparatória como a incidental mantêm autonomia em relação à ação principal e são dotadas de processo e procedimento próprios. No entanto, a autonomia é relativa, porque a cautelar é dependente do

processo principal. A relação entre o processo cautelar e os processos de conhecimento e execução é de acessoriedade. Isso significa que a extinção da cautelar não repercutirá na ação principal, que poderá ter seguimento regular. Já a extinção do processo principal implicará extinção da ação cautelar, que dele é dependente.

São frequentes os casos em que, deferida a liminar e citado o réu, na ação cautelar, o juiz determina que a instrução se faça em conjunto com a ação principal, para que uma só sentença seja proferida, julgando-se conjuntamente ambas as ações. Embora os processos sejam autônomos, nada impede que assim se proceda, desde que o juiz tenha o cuidado de observar que o pedido cautelar não se confunde com aquele formulado no processo principal. A sentença, ainda que única, deverá julgar ambos os pedidos, levando em conta que o mérito da ação principal é diferente do mérito da ação cautelar. Dessa forma, a procedência ou improcedência da ação principal não leva, inexoravelmente, ao mesmo resultado na ação cautelar.

Proferida uma sentença única, o recurso também deverá ser único. Assim, se a parte prejudicada não se conformar quanto ao desfecho da ação principal e da ação cautelar, decididas por uma única sentença, ela deverá apresentar uma só apelação.

26.2. COMPETÊNCIA

A ação cautelar incidental será ajuizada perante o juiz da causa. Trata-se de regra de competência funcional, e, portanto, absoluta. A relação de acessoriedade que o processo cautelar mantém com o principal obriga que assim seja. A distribuição da ação cautelar deverá ser feita por dependência.

Quando a ação cautelar for preparatória, ela deverá ser ajuizada perante o juiz competente para conhecer da ação principal. Será necessário fazer-se um prognóstico sobre qual seja esse juízo. Por isso, a petição inicial já deve indicar qual a ação principal a ser proposta. Com o emprego das regras gerais de competência, será possível elucidar qual o foro competente para conhecer a ação principal, identificando-se, dessa maneira, o foro competente para a ação cautelar.

Havendo mais de um juízo competente para a ação principal, a cautelar deverá ser distribuída para um deles, prevenindo-se, com isso, a competência para o ajuizamento da ação principal, que será distribuída por dependência àquele juízo em que tramitar a cautelar.

Quando a ação cautelar preparatória for aforada em juízo absolutamente incompetente para conhecer a ação principal, o juiz deverá, de ofício, dar-se por incompetente, determinando a remessa dos autos ao juízo competente. A incompetência relativa do juízo deverá ser arguida pelo réu, em exceção de incompetência a ser oposta no prazo de resposta de 5 dias nas ações cautelares.

O prazo para as exceções é o prazo de resposta, quando o fato ensejador da exceção for preexistente. Quando posterior, o prazo para excepcionar será de 15 dias, a contar do momento em que o fato ensejador da exceção tornar-se conhecido das partes.

Como a incompetência relativa é sempre preexistente, o prazo para apresentá-la, nas cautelares preventivas, será o de resposta: 5 dias. Não oposta a exceção de incompetência relativa, estará prorrogada a competência do juízo, não apenas para o julgamento da ação cautelar, mas, como adverte Galeno Lacerda, para a própria demanda futura. "Nesse caso não terá eficácia a declinatória na ação principal, porque prorrogado e prevento o juízo a partir da aceitação, pelo réu, do foro da cautela" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 2. ed., Forense, v. VIII, t. I, p. 281).

Oposta a exceção de incompetência relativa, o prazo para contestar a cautelar ficará suspenso.

Caso o juiz de primeira instância já tenha proferido sentença, ele continuará sendo competente para conceder medida cautelar, até que seja interposto o recurso, que, em regra, será de apelação (há casos, porém, em que será interposto agravo, como nas hipóteses de sentença declaratória de falência). A simples interposição de embargos de declaração ainda não é bastante para excluir do juízo monocrático a concessão das cautelares.

Desde que interpostos os recursos, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal (CPC, art. 800, parágrafo único). A competência será do tribunal desde que interposto o recurso, mesmo que os autos do processo principal não tenham sido remetidos, ainda, à instância superior.

Quando o recurso interposto for o agravo, como nas sentenças declaratórias de falência, o agravante poderá requerer ao relator efeito suspensivo, nas hipóteses do art. 558 do CPC. Quando o recurso for a apelação, que não tenha efeito suspensivo (v. g., nas hipóteses do art. 520 do CPC), será possível, interposto o recurso, aforar ação cautelar, na instância superior, pleiteando a suspensão dos efeitos da decisão impugnada.

As regras de competência da ação cautelar cedem passo em situações de urgência extrema. O juiz, ainda que absolutamente incompetente, não poderá deixar de apreciar liminar, se não houver tempo hábil para a remessa dos autos ao juízo competente. Em casos assim, o juiz deverá tomar as medidas acautelatórias necessárias para resguardar o direito da parte, e, só depois, declinar da competência, remetendo os autos ao juízo competente.

Questão altamente controversa a respeito da competência nas ações cautelares é a referente à prevenção do juízo que deferiu a produção antecipada de provas, para conhecer e julgar a ação principal.

O extinto Tribunal Federal de Recursos editou a Súmula 263, dispondo que "a produção antecipada de provas, por si só, não previne a competência para a ação principal". No entanto, a egrégia Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo tem decidido, com frequência, pela prevenção, que melhor garante o princípio da imediatidade do juiz, decorrente do princípio da oralidade.

Embora o princípio da imediatidade tenha diversas exceções (v. g., a ouvida de testemunhas de outra comarca, por precatória, ou o julgamento em instância superior, por juízes que não participaram da colheita da prova), parece-nos mais adequado que o juiz que determinou a produção antecipada de provas seja aquele que irá julgar a ação principal, uma vez que, tendo acompanhado a prova, estará mais habilitado a fazer o julgamento.

Os autos do procedimento cautelar serão apensados aos do processo principal.

26.3. PETIÇÃO INICIAL

O art. 801 do CPC enumera os requisitos da petição inicial na ação cautelar.

O autor deverá, inicialmente, indicar a autoridade judiciária a que for dirigida a petição, observando as regras de competência para a propositura das ações cautelares. Também deverão ser indicados os nomes, a qualificação e a residência das partes. Aplicam-se às partes, no processo cautelar, as mesmas regras sobre capacidade e representação que são aplicáveis em outros tipos de processo. Assim, se a ação cautelar versar sobre bem imóvel ou direito real sobre bem imóvel, haverá desde logo a necessidade de outorga uxória, para que haja integração de capacidade. Os absoluta e relativamente incapazes serão representados e assistidos, de acordo com as regras gerais de supressão de incapacidade, fazendo-se necessária a intervenção do Ministério Público, de acordo com o disposto no art. 82 do CPC.

Quando a ação cautelar for preparatória, a petição inicial por necessário deve indicar qual a ação principal a ser ajuizada oportunamente. Esse requisito, obrigatório nas cautelares preparatórias, não é exigido nas incidentes, porque nestas já se conhece a ação principal.

Indicada a ação principal, o juiz poderá verificar se foram obedecidas as regras de competência, tendo a faculdade de apreciar qual a medida que melhor garanta e proteja o direito sob ameaça. Quando a petição inicial não indicar a ação principal a ser proposta, o juiz concederá prazo de 10 dias para que o autor a emende, corrigindo a irregularidade.

Questão importante é a que concerne à vinculação do autor a essa indicação. O autor, ao indicar na petição inicial a ação principal que irá propor, fica mais tarde obrigado a respeitar, inteiramente, essa indicação, ou pode alterar a ação principal? Como a indicação da lide principal é necessária não só para que se verifique a legitimidade e o interesse do autor da cautelar mas também para que se elucide o foro competente, só serão admitidas modificações que não digam respeito à pretensão que o autor pretenda pôr em juízo. Serão irrelevantes modificações no nome ou na terminologia empregada para qualificar a ação principal. Mas não poderão ser admitidas alterações na própria pretensão indicada pelo autor.

Não há necessidade, para que esse requisito esteja preenchido, de que sejam indicados todos os pormenores do futuro processo, bastando que haja indicações suficientes para que o juiz possa constatar o liame de instrumentalidade e acessoriedade entre a cautelar e a futura ação principal.

A petição inicial também deverá fazer uma exposição sumária do direito ameaçado e do receio de lesão. Ao fazê-lo, o autor também apontará qual a natureza e o conteúdo da providência pretendida. Esses requisitos correspondem à indicação do pedido cautelar e dos fatos e fundamentos jurídicos desse pedido. Nada impede a cumulação de pedidos cautelares, desde que obedecidas as determinações do art. 292 do CPC.

A petição inicial deverá apontar ao juiz qual o *periculum in mora* e qual o direito, sob perigo, cuja existência seja plausível.

Como na ação cautelar há cognição superficial, contentando-se o magistrado com um juízo de verossimilhança, não será necessário fazer uma exposição completa e aprofundada do direito ameaçado, bastando que se faça uma exposição sumária, mais compatível com a urgência da medida.

Também serão indicadas, na inicial, as provas a serem produzidas.

O cotejo entre os arts. 801 e 282, ambos do CPC, mostra que aquele omitiu três dos requisitos exigidos para toda e qualquer inicial: o pedido, com suas especificações; o valor da causa; e o requerimento de citação do réu.

Apesar da omissão, não pode haver dúvida de que a inicial da ação cautelar deverá indicar o pedido, apontar o valor da causa e formular requerimento para que o réu seja citado. O pedido é elemento da ação e a necessidade de sua indicação dispensa maiores esclarecimentos. O requerimento de citação também é necessário, porque a ação cautelar é autônoma e o réu terá de ser citado.

O autor deve atribuir valor à causa, em obediência ao art. 258 do CPC, que dispõe ser necessária tal atribuição a toda causa, ainda que não tenha conteúdo econômico imediato. O valor da causa na ação cautelar nem sempre corresponderá ao valor da causa na ação principal, mas ao benefício patrimonial visado pelo autor, com a obtenção de segurança pretendida.

Por fim, a petição inicial poderá conter o pedido de liminar, quando o autor assim o desejar.

26.4. LIMINAR

Em capítulos anteriores, já se tratou da natureza jurídica da liminar, nas ações cautelares. Também já se falou a respeito dos requisitos para a concessão dessa liminar. Para que o juiz conceda a medida cautelar liminarmente, deverá haver *fumus boni juris* e *periculum in mora*.

Esses são, aparentemente, os mesmos requisitos para a procedência da ação cautelar, mas, como já salientado, o perigo exigido para a concessão da liminar é diverso daquele que se exige para a procedência da cautelar. Para esta, basta que o perigo seja tal que não se possa aguardar o desfecho da ação principal. Para a liminar a urgência há de ser maior, a ponto de não se poder aguardar nem sequer o julgamento da própria cautelar.

A liminar é um adiantamento da providência cautelar, que só seria obtida com a sentença no processo cautelar. Os requisitos para que se configurem o *periculum in mora* e o *fumus boni juris* já foram expostos anteriormente.

O juiz não pode, de ofício, dar início a uma ação cautelar, sob pena de ofensa ao princípio da demanda. No entanto, proposta a cautelar pelo interessado, o juiz poderá conceder a liminar de ofício, desde que perceba a necessidade da medida para a conservação do direito ameaçado.

Preenchidos os requisitos para a concessão da liminar, o juiz deverá deferir a medida, sem fazer juízo de conveniência e oportunidade. Não há

discricionariedade na concessão da liminar, embora haja um certo grau de subjetividade na aferição dos requisitos para a concessão.

A liminar poderá ser deferida sem ouvir o réu, em circunstâncias excepcionais, quando o juiz verificar que ele, sendo citado, poderá tornar ineficaz a medida. A liminar *inaudita altera pars* também será deferida quando a urgência for tal que não haja tempo hábil para manifestação da parte contrária.

Quando os autos já trouxerem elementos suficientes, o juiz deferirá a liminar de plano; do contrário, ele poderá designar audiência de justificação prévia, a ser realizada antes da citação do réu.

O art. 804 do CPC prevê a possibilidade de o juiz determinar que o requerente preste caução, real ou fidejussória, para ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer. Para que essa caução seja fixada, não basta o temor de que a ação principal venha a ser julgada improcedente. Do contrário, toda vez que houvesse liminar, o juiz fixaria caução, pois a possibilidade de improcedência da ação principal sempre existe. A apresentação de caução será determinada quando o juiz concede a liminar, mas fica em dúvida quanto à necessidade ou não de sua admissão, à luz dos elementos apresentados.

Não se quer dizer com isso que, se o autor apresentar caução, ele ficará dispensado de provar os requisitos para a concessão da liminar. O que ocorre é que "a caução permite, portanto, que o juiz faça uma aferição mais liberal dos pressupostos para o deferimento da liminar" (Betina Rizzato Lara, *Liminares no processo civil*, 2. ed., Revista dos Tribunais, 1994, p. 112).

A caução tem natureza de contracautela e, da mesma forma que não há discricionariedade do juiz na concessão da liminar, também não o haverá para exigir caução. Desde que presentes os requisitos, o juiz deve determinar a sua apresentação.

O art. 807 do CPC autoriza a revogação e a modificação, a qualquer tempo, das liminares. A revogabilidade e a provisoriedade são características das medidas cautelares e das liminares, que devem perdurar apenas enquanto se mantiver a situação de perigo que motivou a sua concessão.

A modificação ou revogação de uma liminar, nas ações cautelares, pode dar-se em variadas circunstâncias. É possível que o juiz que a concedeu reconsidere sua decisão, ao tomar conhecimento de que foi interposto agravo de instrumento, recurso dotado de efeito devolutivo diferido. Nesse caso, não haverá propriamente revogação, mas reconsideração, fruto de uma melhor apreciação dos fatos pelo juiz.

Haverá revogação da liminar quando a ação cautelar for julgada improcedente, ainda que a sentença não o mencione expressamente. Ao proferir sentença na cautelar, o juiz deve examinar se estão presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. A improcedência da cautelar resulta da conclusão de que estão ausentes esses requisitos. Se assim é, não se justifica que perdure por mais tempo a liminar, cuja função não era senão antecipar os efeitos da própria sentença cautelar.

Ainda que haja apelação, a revogação da liminar produzirá efeitos desde logo, porque nas ações cautelares a apelação não tem efeito suspensivo

(CPC, art. 520, IV). Fica ressalvada a possibilidade de concessão de efeito suspensivo à apelação nas hipóteses previstas pelo art. 558 e parágrafo único do CPC, desde que haja requerimento do apelante, que poderá ser formulado ao juízo *a quo*, a quem cabe formular juízo de admissibilidade prévio do recurso, ou ao órgão *ad quem*, que fará o juízo de admissibilidade definitivo.

É frequente que o juiz, com uma sentença só, julgue as ações cautelar e principal. Embora única, sob o aspecto formal, a sentença contém duas decisões, sob o aspecto substancial. A apelação haverá de ser uma só, em face do princípio da unirrecorribilidade dos recursos. Porém, ao receber a apelação, o juiz deverá considerar o aspecto substancial, concedendo apenas efeito devolutivo, quanto à parte que impugnar o julgamento da cautelar, e os efeitos legais, quanto à parte que impugnar o julgamento da ação principal.

Portanto, quando houver julgamento conjunto, e a cautelar for improcedente, a revogação da liminar produzirá efeitos desde logo, ainda que haja apelação.

Acolhido o pedido cautelar, a medida perdura enquanto pender o processo principal. Assim, julgada procedente a ação cautelar, a medida terá eficácia até o julgamento definitivo da ação principal. Se a sentença na ação principal ou na ação cautelar for de improcedência, a medida concedida perderá eficácia.

A liminar também poderá ser revogada no curso da ação cautelar se novos elementos forem trazidos ao conhecimento do juiz. A revogação, nesse caso, não pode resultar de simples mudança de opinião do julgador, sem fundamento em elementos ou fatos novos. Não há necessidade de que tenha ocorrido um fato superveniente à concessão da liminar. Basta que cheguem ao conhecimento do juiz fatos ou elementos que até então ele desconhecia, e que sejam bastantes para modificar-lhe a convicção quanto à necessidade da medida.

A decisão que concede liminar é interlocutória e pode ser impugnada por meio de agravo. Só haverá interesse para interpor-se o agravo sob a forma de instrumento. O agravo retido, que só é apreciado quando do julgamento de uma futura e eventual apelação, é incompatível com o caráter urgente e imediato das liminares.

Deferida a liminar, o juiz determinará a expedição de mandado para cumprimento. Não há necessidade de se promover execução para o cumprimento da liminar.

26.5. EFICÁCIA DA MEDIDA CAUTELAR

O legislador cuidou da eficácia das medidas cautelares nos arts. 807 e 808 do CPC.

A medida cautelar pode ser concedida liminarmente ou apenas na sentença. Sempre que houver concessão da medida cautelar, algumas providências hão de ser tomadas pela parte interessada para que a medida não perca a sua eficácia. Se tais providências forem tomadas, a medida cautelar conservará a sua eficácia enquanto pender o processo principal. Do contrário, a medida cautelar perderá a sua eficácia.

Em virtude do caráter provisório e instrumental da medida cautelar, mesmo que todas as providências sejam tomadas pela parte interessada, poderá o juiz revogar ou modificar a qualquer tempo a medida cautelar, desde que tenha havido alguma modificação nas circunstâncias que ensejaram a concessão da medida. No entanto, mantidas as circunstâncias originais e tomadas as providências mencionadas no art. 808 do CPC, a medida cautelar será mantida enquanto pender a ação principal.

A primeira dessas providências é executar a medida cautelar em 30 dias. A execução da medida cautelar é feita, em regra, por mandado a ser cumprido por oficial de justiça. No entanto, a parte que requereu a medida deve tomar certas providências, necessárias para o cumprimento oportuno do mandado (v. g., o recolhimento de diligências ou a apresentação de cópias para instrução do mandado). Se, por inércia da parte, a medida cautelar não puder ser executada em 30 dias, ela perderá a sua eficácia. Porém, caso o atraso decorra de delongas inerentes ao mecanismo judiciário, a parte interessada não poderá ser prejudicada.

Efetivada a medida, a parte terá 30 dias para a propositura da ação principal.

São dois, portanto, os prazos de 30 dias: para executar a medida e, efetivada a cautelar, para propor a ação principal. A exigência de propor ação principal só tem sentido quando a cautelar for preparatória, já que a cautelar incidente pressupõe ação principal já em curso. O prazo de 30 dias para a ação principal tem por finalidade evitar que o beneficiado pela medida perpetue suas vantagens, tornando-se inerte desde a concessão.

O termo inicial da contagem do prazo não é a decisão concessiva da medida, mas a sua execução. Apenas com a efetivação da cautela é que o prazo fluirá. Não ajuizada a ação principal no prazo, opera-se a decadência do direito à cautela, cessando a eficácia da medida cautelar. O prazo decadencial não está sujeito a interrupção nem suspensão.

Verificada a decadência, o juiz deverá declará-la de ofício, observando que ela atinge apenas o direito à cautela, e não a pretensão que será objeto da ação principal. Como a finalidade do prazo decadencial é evitar que o requerente prolongue em demasia, e em detrimento do réu, a situação provisória obtida com a cautelar, o prazo só deverá ser observado naquelas medidas cautelares que resultem em alguma constrição para a parte contrária.

Se a medida cautelar não acarreta nenhuma ofensa à esfera jurídica da parte contrária, não haverá necessidade de obedecer-se ao prazo de 30 dias. É o que ocorre, por exemplo, na produção antecipada de provas. Homologada a prova, não haverá perda de eficácia apenas pelo transcurso do prazo, sem que tenha havido a propositura da ação principal. As notificações e os pedidos de exibição também não exigem que se obedeça ao art. 806 do CPC.

Tomadas essas providências — execução da medida em 30 dias e propositura da ação principal, após efetivada a medida, também em 30 dias — a medida cautelar conservará a sua eficácia, mantidas as circunstâncias que ensejaram a sua concessão, enquanto pender o processo principal. Do contrário, a medida cautelar perderá a sua eficácia.

Quando a medida cautelar for concedida liminarmente, o prazo para a

propositura da ação principal correrá da data em que a liminar for efetivada. Se a medida for concedida na sentença, só com a sua efetivação é que o prazo correrá. Executada a liminar, se não proposta a ação principal no prazo decadencial, ela perderá a sua eficácia.

Isso não significa que a ação cautelar deva ser extinta, já que a liminar não se confunde com a própria cautelar. Como ensina Sérgio Shimura, "O não ajuizamento da ação principal faz cessar os efeitos da liminar, mas não leva à extinção do processo, que deve prosseguir, para que a final seja extinto com ou sem apreciação de mérito. Por enquanto, o Judiciário não entregou a prestação jurisdicional por inteiro. Revogada a medida liminar, ficamos com um processo sem julgamento da lide (cautelar), desde que a esse ponto processual ainda não se chegou. Revogada a liminar, deve o processo cautelar caminhar para a sentença final, onde o pedido será apreciado, para a concessão ou não do arresto, agora com um elemento a mais, que é a não propositura da ação principal" (A eficácia das medidas liminares, in *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre liminares*, sob coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier, Revista dos Tribunais, p. 116).

26.6. CITAÇÃO E CONTESTAÇÃO

Nas ações cautelares, o réu será citado para contestar no prazo de 5 dias, indicando as provas que pretende produzir (CPC, art. 802, *caput*). O prazo de 5 dias correrá da juntada aos autos do mandado devidamente cumprido ou da execução da medida cautelar, quando concedida liminarmente ou após a justificação prévia (CPC, art. 802, I e II).

A redação do dispositivo traz dúvida quanto ao prazo de contestação do réu que ainda não foi citado, embora já tenha sido executada a medida cautelar.

Parece-nos que a solução mais adequada será permitir que o réu conteste dentro de um desses prazos. Ou seja, a resposta será tempestiva se feita 5 dias depois do que ocorrer por último: a juntada aos autos do mandado de citação ou a execução da liminar.

A falta de contestação fará presumir verdadeiros os fatos alegados na inicial. Nesse caso, o juiz proferirá sentença em 5 dias. Se houver contestação, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, desde que haja provas a serem nela produzidas.

A sentença proferida na ação cautelar não faz coisa julgada material, em virtude do caráter meramente instrumental e acessório da cautela. O resultado da cautelar também não influi no resultado da ação principal. Assim, ainda que improcedente o pedido cautelar, não haverá óbice a que a parte intente a ação principal, cujo resultado não será afetado pelo desfecho da ação cautelar.

Há, porém, uma situação em que a sentença proferida na cautelar fará coisa julgada material e impedirá a propositura da ação principal: quando o juiz acolher a alegação de prescrição ou decadência do direito do autor (CPC, art. 810).

Na própria ação cautelar o juiz poderá acolher a alegação de prescrição,

ou decadência (que deve ser conhecida de ofício) do direito do autor. Não do direito à cautela, mas do direito que se desejava ver protegido pela cautelar e que seria objeto da ação principal. Caso isso ocorra, o autor ficará impedido de propor a ação principal, pois já reconhecida a prescrição ou decadência de seu direito.

27 RESPONSABILIDADE CIVIL DO REQUERENTE

A responsabilidade civil decorrente da execução da medida cautelar é objetiva. Portanto, o autor responde pelos danos que causar ao réu, em razão da execução da medida, sem que seja necessário demonstrar que ele tenha agido com culpa ou dolo. Para tanto, é necessário que a sentença no processo principal tenha sido desfavorável ao autor, ou que tenha cessado a eficácia da medida cautelar, ou que o juiz tenha acolhido a alegação de prescrição ou decadência do direito do autor, no procedimento cautelar.

Quadro sinótico – Procedimento cautelar

Cautelares preparatórias e cautelares incidentais

Competência

Liminar

Eficácia da medida cautelar

Responsabilidade civil do requerente

Capítulo II
PROCEDIMENTOS CAUTELARES ESPECÍFICOS

28 DO ARRESTO

28.1. CONCEITO

O arresto cautelar, previsto no Código de Processo Civil a partir do art. 813, não pode ser confundido com o arresto executivo, previsto no art. 653. O primeiro é ação cautelar autônoma; o segundo, mero incidente do processo de execução, que cabe quando o executado não é localizado, mas o oficial de justiça encontra bens que garantam o débito.

O arresto é a medida cautelar que tem por fim apreender judicialmente bens indeterminados do devedor, como garantia de futura execução por quantia certa. Sua finalidade é arredar o perigo de que o devedor dilapide seu patrimônio, antes que o credor possa penhorar bens suficientes para garantia da dívida. Para tanto, são apreendidos tantos bens do devedor quantos sejam necessários para a futura satisfação do credor.

Os bens arrestados ficarão depositados, e, posteriormente, o arresto será convertido em penhora.

Ao contrário do que ocorre no sequestro, o credor não tem por objetivo a proteção de um bem determinado, que esteja sob disputa, mas o resguardo da futura execução, afetando parte do patrimônio do devedor, que se verá privado da possibilidade de desfazer-se dos bens em detrimento do credor.

O arresto pode ser preparatório ou incidente a uma ação principal de conhecimento, de natureza condenatória, ou de execução por quantia certa. A proteção que se busca com o arresto é de futura execução por quantia, pois outras formas de execução exigirão formas diversas de resguardo (p. ex., o sequestro ou busca e apreensão, nas execuções para entrega de coisa certa).

O arresto não constitui antecipação de penhora ou da futura execução, mas medida protetiva de resguardo de bens suficientes para a garantia da futura execução por meio da penhora. Para que se postule o arresto é necessário que a dívida já exista, embora não seja necessário que ela esteja vencida. Admite-se também o arresto ainda que a obrigação esteja sujeita a condição suspensiva. Afinal, ao titular de direito eventual, sujeito a condição suspensiva, é permitido exercer os atos destinados a conservá-lo (CC, art. 130).

O *periculum in mora* há de ser também superveniente à existência da obrigação, salvo ignorância ou desconhecimento escusável do credor. Assim, se no momento em que a dívida surgiu o credor já conhecia o perigo, ou poderia conhecê-lo, não se poderá admitir o arresto. Se quando a obrigação foi contraída o perigo já era conhecido, deve--se concluir que o credor

assumiu o risco.

28.2. REQUISITOS

Dois são os requisitos básicos, enumerados no art. 814 do CPC, para a concessão do arresto: a prova literal da dívida líquida e certa e a prova documental ou justificação da existência de alguma das situações previstas no art. 813. Esses requisitos são cumulativos, e não alternativos.

Foi infeliz a redação do art. 814, I, do CPC ao exigir prova literal de dívida líquida e certa como condição específica para a concessão do arresto, restringindo o âmbito de sua aplicação. Uma interpretação literal desse dispositivo faria concluir que só o credor já munido de ação executiva é que poderia postular a sua concessão.

No entanto, o arresto pode ser incidente ou preparatório tanto de ação de execução como de ação de conhecimento. Entender-se de forma diversa seria retirar em boa parte a sua utilidade. Assim, para a concessão da medida basta que haja prova da possibilidade da existência da dívida. Do contrário, tão só com o trânsito em julgado se poderia pleitear o arresto, pois só então se tem certeza da existência da obrigação.

Não é justo, porém, que o credor assista inerte à dilapidação do patrimônio do devedor, enquanto tramita a ação de conhecimento, apenas porque ainda não há sentença transitada em julgado, ou porque ainda não foi proferida sentença, já que o parágrafo único do art. 814 equipara à prova literal de dívida líquida e certa sentença líquida ou ilíquida pendente de recurso e o laudo arbitral ao aguardo de homologação.

Não se pode olvidar que a finalidade das ações cautelares é resguardar e proteger o direito ameaçado pela demora no transcurso de um processo. Portanto, a interpretação do art. 814, I, há de ser flexibilizada e adaptada à finalidade última das ações cautelares.

O requisito da certeza não afasta, como já salientado, a possibilidade de concessão de arresto às obrigações pendentes de condição suspensiva, haja vista o disposto no art. 130 do CC. Também é requisito do arresto que esteja presente alguma das situações previstas no art. 813 do CPC e que caracterizam o *periculum in mora*.

As hipóteses legais de concessão do arresto ocorrem:

"I — quando o devedor sem domicílio certo intenta ausentar-se ou alienar os bens que possui, ou deixa de pagar a obrigação no prazo estipulado".

Duas são as hipóteses previstas nesse inciso. Na primeira, o devedor sem domicílio conhecido busca ausentar-se ou alienar os bens que possui.

Ora, a simples ausência do devedor não é bastante para configurar o *periculum in mora*. Assim, se o devedor ausenta-se, mas deixa em local conhecido bens suficientes para a garantia do débito, inexiste razão para o arresto. O juiz só deferirá a medida se da ausência do devedor for possível presumir que desaparecerão também os seus bens e, com eles, a garantia do credor. Também cabe o arresto quando o devedor com domicílio

desconhecido intenta alienar os seus bens.

A segunda hipótese do inciso é a do devedor que, sem domicílio conhecido, deixa de pagar a obrigação no prazo estipulado. Concede--se o arresto, nessa hipótese, para evitar que o devedor inadimplente desapareça, dificultando a futura execução por quantia.

"II — quando o devedor, que tem domicílio:

a) se ausenta ou tenta ausentar-se furtivamente".

Como já salientado só será concedido o arresto se da ausência do devedor puder presumir-se uma tentativa de fazer desaparecer os bens que garantem a execução.

"*b)* caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens que possui; contrai ou tenta contrair dívidas extraordinárias; põe ou tenta pôr os seus bens em nome de terceiros; ou comete outro qualquer artifício fraudulento, a fim de frustrar a execução ou lesar credores."

Não é preciso, na ação cautelar, que haja prova cabal do estado de insolvência do devedor para que o arresto seja concedido. Faz-se necessário demonstrar, porém, que existem indícios sérios de insolvência, e de que o devedor esteja pretendendo alienar ou transferir bens, ou contrair dívidas, com a intenção de prejudicar obrigações celebradas anteriormente.

A finalidade desse dispositivo é evitar que o devedor fraude os seus credores, desfalcando seu patrimônio de modo a torná-lo insuficiente para a garantia das obrigações.

"III — quando o devedor, que possui bens de raiz, intenta aliená-los, hipotecá-los ou dá-los em anticrese, sem ficar com algum ou alguns, livres e desembargados, equivalentes às dívidas."

Neste inciso, tal como no anterior, são descritas circunstâncias denunciadoras da intenção de prejudicar os credores. Justifica-se, assim, que diante de tais circunstâncias seja concedido o arresto.

"IV — nos demais casos expressos em lei."

Há outras situações, previstas no próprio Código, ou em outras leis, em que o arresto deverá ser concedido. Como exemplo, pode ser citado o art. 1.997, § 1º, do novo CC.

Além disso, as hipóteses do art. 813 não esgotam as situações em que poderá ser concedido o arresto. As situações de perigo enumeradas nos incisos do art. 813 não são taxativas (*numerus clausus*), mas exemplificativas.

Assim, caberá o arresto sempre que houver perigo de que o decurso do tempo possa trazer perigo à futura execução por quantia certa, mesmo que não se consiga adequar a circunstância concreta a uma das hipóteses abstratas previstas nos incisos do art. 813.

Um último requisito do arresto é de que ele recaia apenas sobre bens penhoráveis. A finalidade do arresto é garantir a futura execução por quantia, resguardando o patrimônio do devedor. Assim, se um bem não pode ser penhorado, não faz sentido que ele seja arrestado.

28.3. PROCEDIMENTO

O procedimento do arresto corresponde ao procedimento comum das ações cautelares, previsto nos arts. 801 a 803 do CPC.

A petição inicial deve atender aos requisitos do art. 801 combinado com o art. 282, e deve cumprir as determinações dos arts. 813 e 814, todos do CPC. Para provar que estão preenchidos os requisitos para a concessão do arresto, o credor poderá valer-se de prova documental, ou de justificação prévia.

A justificação prévia poderá ser feita em segredo e de plano, quando ao juiz parecer indispensável. A concessão do arresto será feita independentemente de justificação prévia quando for requerida pela União, Estado ou Município, nos casos previstos em lei, ou quando o credor prestar caução. O fato de o credor prestar caução não implica que ele vá, inexoravelmente, obter a liminar.

O juiz, ainda que prestada a caução, deverá examinar se estão presentes os requisitos para a concessão do arresto. No entanto, em face da natureza de contracautela que tem a caução, o juiz terá mais liberdade para aferir os pressupostos para o deferimento da liminar.

Concedido o arresto, o devedor poderá obter a suspensão da execução da medida, desde que pague ou deposite em juízo a importância da dívida, mais custas e honorários advocatícios, ou desde que dê fiador idôneo, ou preste caução bastante para a garantia da dívida.

A razão desse dispositivo é evidente: se o devedor dá ao credor garantias bastantes de pagamento da dívida, deixa de haver o *periculum in mora* que ensejou a concessão do arresto. Nessas circunstâncias, justifica-se que fique suspensa a execução da medida.

No entanto, só haverá cessação da medida se houver o pagamento, a novação ou a transação. Ocorrendo tais circunstâncias, extingue--se a obrigação, extinguindo-se eventual execução por quantia. Assim, não se justifica a persistência do arresto.

Concedida a medida, e julgada procedente a ação principal, o arresto convolar-se-á, oportunamente, em penhora.

Quadro sinótico – Arresto

29 DO SEQUESTRO

29.1. CONCEITO

O sequestro consiste na apreensão de coisa determinada, que é objeto

de um litígio, a fim de resguardar a sua entrega ao vencedor.

Embora haja pontos comuns entre o sequestro e o arresto, em razão da natureza cautelar de ambos, e do fato de ambos poderem recair sobre bens móveis ou imóveis, as duas figuras não se confundem. O arresto recai sobre quaisquer bens, bastantes para a garantia da futura execução por quantia. O que se pretende com o arresto não é resguardar e proteger um determinado bem, objeto de litígio, mas proteger quaisquer bens penhoráveis do devedor, suficientes para a garantia da dívida. No arresto, a apreensão dos bens convola-se, futuramente, em penhora, para que, com a sua alienação, seja arrecadado dinheiro suficiente para o pagamento do débito. Já no sequestro, apreende-se uma coisa determinada, que é objeto de litígio entre as partes. A apreensão justifica-se pelo temor de que a coisa litigiosa venha a perecer ou a deteriorar-se, não podendo mais tarde ser entregue incólume ao vencedor. O sequestro não será convolado em penhora, para futura alienação do bem, mas garantirá a posterior entrega a quem vencer a ação principal.

Tal como no arresto, o bem sequestrado será entregue a um depositário, que assume o encargo de guardar a coisa e de preservar a sua integridade e incolumidade. A escolha do depositário cabe ao juiz, mas poderá recair sobre pessoa indicada, de comum acordo pelas partes, ou sobre uma das partes, desde que ofereça maiores garantias e preste caução idônea (CPC, art. 824).

29.2. REQUISITOS

As circunstâncias que autorizam a concessão do sequestro e os bens que podem ser sequestrados estão elencados no art. 822 do CPC. Não foi feliz, porém, o legislador ao enumerar as hipóteses de cabimento da medida, pois, ao fazê-lo, acabou deixando de fora diversas situações em que o sequestro seria necessário para evitar danos à coisa litigiosa.

Teria andado melhor o legislador se tivesse estabelecido de forma genérica os requisitos para a concessão da medida. Por isso, às hipóteses do art. 822 do CPC não se pode atribuir caráter taxativo (*numerus clausus*), nem se dar interpretação acanhada, que restrinja em demasia o cabimento do sequestro.

O juiz decretará o sequestro, a requerimento da parte:

"I — de bens móveis, semoventes ou imóveis, quando lhes for disputada a propriedade ou a posse, havendo fundado receio de rixas ou danificações".

Embora o dispositivo mencione que a medida será cabível quando houver litígio versando propriedade ou posse do bem, a medida caberá também quando o litígio envolver direito obrigacional que repercuta na aquisição ou reaquisição de propriedade. Por exemplo: as ações de resolução de contrato (v. g., de compra e venda ou de compromisso de compra e venda) não envolvem, de forma direta, a propriedade e a posse do bem. Mas, rescindido o contrato, inexoravelmente a propriedade do bem retornará ao vendedor. Nada obsta, assim, que o vendedor valha-se do sequestro, para garantir a integridade do bem que esteja sob ameaça.

Da mesma forma nas ações de adjudicação compulsória, que têm

natureza obrigacional, mas que repercutem na aquisição da coisa.

O *periculum in mora*, necessário para a concessão da medida, não se limita ao fundado receio de rixas ou danificações, como resultaria de uma interpretação meramente gramatical, mas estende-se a todas as situações de perigo que envolvam o bem.

"II — dos frutos e rendimentos do imóvel reivindicando, se o réu, depois de condenado por sentença ainda sujeita a recurso, os dissipar."

Se o inciso I permite o sequestro do imóvel, que é a coisa principal, seria desnecessário o legislador dizer que se admite o sequestro dos frutos e rendimentos, que são coisas acessórias. Mais uma vez foi infeliz o legislador ao restringir a possibilidade de sequestro dos frutos e rendimentos para ocasião posterior à sentença, pendente de recurso. Essa restrição é incompatível com a finalidade de cautelar. Também a esse dispositivo deve dar-se interpretação ampliativa, permitindo-se o sequestro de frutos e rendimentos, sob ameaça, ainda que não haja sentença. Afinal, o art. 798 do CPC autoriza a concessão da cautela sempre que houver fundado receio de que, antes do julgamento da lide, haja lesão grave ou de difícil reparação ao interessado.

Infeliz ainda a menção a frutos e rendimentos do imóvel, porque as coisas móveis também produzem frutos e rendimentos, e não há razão para que o sequestro fique restrito a acessórios de imóveis.

"III — dos bens do casal, nas ações de desquite e de anulação de casamento, se o cônjuge os estiver dilapidando."

O dispositivo emprega a expressão "desquite", porque anterior à edição da Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/77). Hoje, cabe o sequestro nas ações de separação judicial e divórcio e de anulação de casamento.

O sequestro pode ser requerido antes do ajuizamento da ação de dissolução da sociedade conjugal, sob forma preparatória, e pode ter por objeto não apenas os bens do casal, mas os bens particulares de cada um dos cônjuges, que estejam sob ameaça de dilapidação ou dano, pelo outro.

"IV — nos demais casos expressos em lei."

Há outros dispositivos no Código de Processo Civil e em outras leis que autorizam a concessão do sequestro. Como exemplo, podem ser citados os arts. 919, 1.016, § 1º, e 1.218, VII (c/c o art. 659 do CPC de 1939), todos do CPC.

29.3. PROCEDIMENTO

Nada há de específico no procedimento do sequestro, que segue, no que couber, o procedimento adotado pelo Código de Processo Civil para a cautelar de arresto.

Quadro sinótico – Sequestro

30 DA CAUÇÃO

30.1. CONCEITO

A caução é a garantia do cumprimento de uma obrigação, que se efetiva com a apresentação de um fiador idôneo ou com o oferecimento de bens colocados à disposição do juízo.

Efetivada com a apresentação de fiador, a caução é chamada fidejussória; com o oferecimento de bens, caução real.

30.2. ESPÉCIES

O art. 826 do CPC estabelece que a caução pode ser real ou fidejussória.

A finalidade essencial da caução é funcionar como contracautela. A concessão de uma medida cautelar exige perigo de dano. Mas, ao concedê-la, o juiz limita-se a uma cognição superficial. A caução é fixada, muitas vezes, para afastar o perigo que pode resultar da concessão de uma medida cautelar. O juiz ficará mais à vontade para examinar os requisitos para a concessão da medida cautelar se o interessado apresentar caução.

30.3. PROCEDIMENTO

Toda vez que a caução for determinada no bojo de um processo não haverá necessidade de instaurar-se procedimento específico para a sua efetivação: a caução será prestada de plano, por determinação judicial ou a requerimento da parte interessada, cabendo ao juiz decidir de sua idoneidade e adequação, sem que para tanto instaure-se procedimento autônomo.

Porém, quando a caução for exigida sem que haja ainda um processo em curso (caução preparatória), deverá ser instaurado um processo autônomo de caução, cujo procedimento vem estabelecido nos arts. 829 e s. do CPC.

A caução pode ser prestada pelo próprio interessado ou por terceiro (CPC, art. 828).

A apresentação de caução far-se-á em determinada relação jurídica processual, seja ela um procedimento autônomo de caução, seja ela uma relação processual outra, no bojo da qual foi determinada a apresentação de garantia. A caução poderá ser prestada por quem integra essa relação jurídica processual ou por um terceiro, que não a integra. É comum, por exemplo, que

a caução exigida de pessoa jurídica seja prestada com o oferecimento de bens que pertencem pessoalmente aos sócios.

Quando a caução for fidejussória, o fiador judicial torna-se responsável pelo débito, tornando-se sujeito passivo de eventual execução (CPC, art. 568, IV).

O procedimento autônomo de caução pode ser iniciado por aquele que for obrigado a prestá-la, ou por aquele em cujo favor há de ser dada a garantia. No primeiro caso, será requerida a citação da pessoa em benefício de quem a caução será dada, em petição inicial que deverá indicar o valor a caucionar, o modo pelo qual a caução será prestada, a estimativa dos bens e a prova da suficiência da caução ou da idoneidade do fiador. O réu será citado para, em 5 dias, aceitar a caução ou contestar o pedido.

No segundo caso, o beneficiário da caução requererá a citação da parte contrária para prestá-la, sob pena de incorrer na sanção prevista em lei ou em contrato para a sua falta. O requerido será citado para, em 5 dias, prestar a caução ou oferecer contestação.

O juiz julgará de plano se não houver contestação, se a caução oferecida ou prestada for aceita, ou se não houver necessidade de produção de outras provas. Havendo necessidade de provas, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, e, no prazo de 5 dias, proferirá sentença.

Quando for procedente o pedido, no processo iniciado por quem deve prestar a caução, o juiz determinará que seja tomada por termo a caução oferecida, dando-a por prestada. Procedente o pedido no processo de caução iniciado pela pessoa em cujo favor ela há de ser prestada, o juiz fixará prazo para que o requerido a apresente, sob pena de impor a sanção cominada para a falta de apresentação.

Será sempre possível requerer o reforço de caução quando a garantia desfalcar-se. O procedimento será o do art. 837 do CPC.

O art. 835 do CPC cuida de situação em que será determinada a prestação de caução como garantia do pagamento da verba de sucumbência da parte contrária. Trata-se de ações intentadas por quem, nacional ou estrangeiro, não resida no Brasil ou se ausente do país no curso da demanda.

A finalidade desse dispositivo é evitar que quem resida no exterior ajuíze demanda, e depois desapareça, sem ressarcir à parte contrária a verba de sucumbência. A caução será dispensada se o autor tiver bens imóveis no Brasil, que assegurem o pagamento, nas ações de execução por título extrajudicial e nas reconvenções.

Não há necessidade de instaurar-se procedimento autônomo para a prestação dessa caução, que será dada no bojo do processo em que ela for exigida, cabendo ao juiz aferir-lhe a idoneidade.

Quadro sinótico – Caução

31 DA BUSCA E APREENSÃO

31.1. CONCEITO

Em várias acepções o Código de Processo Civil emprega a expressão "busca e apreensão".

Ao cuidar da execução para entrega de bem móvel, o Código estabelece que o devedor será citado para, em 10 dias, entregar a coisa ou depositá-la em juízo, sob pena de busca e apreensão. O art. 362 do CPC que trata do incidente de exibição de documento ou coisa em poder de terceiro, autoriza a busca e apreensão quando for descumprida a ordem judicial de depósito do documento ou coisa. Quando houver um contrato de alienação fiduciária em garantia, e o devedor incorrer em mora, será deferida ao credor a busca e apreensão do bem, por meio de ação autônoma, prevista no art. 3º do Decreto-Lei n. 911/69. Da mesma forma, na venda com reserva de domínio, em que a mora do devedor estiver provada pelo protesto do título (CPC, art. 1.071).

A ação de busca e apreensão pode ter natureza cautelar ou principal. Quando se buscar, por meio da ação de busca e apreensão, um provimento definitivo, sem necessidade de propositura de outra demanda, a ação será de conhecimento, e não cautelar.

É o que ocorre nas ações de busca e apreensão propostas pela mãe, que já detém a guarda do filho, ante a recusa do pai em restituí--lo. O pedido formulado pela mãe esgota-se com a busca e apreensão de seu filho. Nesse caso, a ação não tem natureza cautelar, que se caracteriza sempre pela acessoriedade e provisoriedade, mas de ação de conhecimento. Se houver urgência, a mãe poderá ingressar com a ação principal de busca e apreensão, requerendo, desde logo, a concessão de tutela antecipada.

Por muito tempo, confundiu-se a ação de busca e apreensão de caráter principal com a ação cautelar de busca e apreensão, concluindo-se que essa era exemplo de cautelar satisfativa.

O equívoco tornou-se manifesto com o aprofundamento dos estudos das diferenças entre tutelas antecipadas e cautelares. Quando o autor satisfaz-se, em definitivo, com a busca e apreensão, a ação proposta não terá natureza cautelar, mas principal, e de conhecimento, e a liminar concedida será de tutela antecipada. A ação cautelar de busca e apreensão é sempre acessória, podendo ser proposta em caráter preparatório ou incidental. Portanto, não há falar-se em satisfatividade da cautelar.

A busca e apreensão cautelar é deferida, com muita frequência, em caráter preparatório ou incidental nas ações envolvendo guarda e destituição do poder familiar sobre filhos menores. É o que ocorre com o pai, que não tem a guarda do filho, e teme pelos maus-tratos que ele sofre, em mãos da genitora guardiã. A ação principal a ser proposta será de modificação de guarda. Mas, se houver urgência, o pai poderá requerer em caráter cautelar o deferimento da busca e apreensão.

A busca e apreensão de coisas têm caráter subsidiário em relação ao arresto e sequestro. Será deferida a apreensão judicial da coisa, por meio da busca e apreensão, desde que não estejam preenchidos os pressupostos para a concessão do arresto e do sequestro, caso em que o interessado deverá valer-se dessas medidas.

31.2. PROCEDIMENTO

O requerente exporá, na petição inicial, as razões que justificam a concessão da medida e a ciência de estar a coisa ou a pessoa no lugar designado.

A liminar poderá ser deferida de plano ou após justificação prévia, que se realizará em segredo de justiça, se for indispensável. Deferida a liminar, será expedido mandado com a indicação do lugar em que a diligência deverá ser efetuada e com a descrição da pessoa ou coisa a ser apreendida. O mandado deverá estar assinado pelo juiz de quem emanar a ordem.

O mandado será cumprido na forma do art. 842 do CPC e, finda a diligência, deverá ser lavrado auto circunstanciado pelos oficiais de justiça, que colherão as assinaturas das testemunhas.

Quadro sinótico – Busca e apreensão

32 DA EXIBIÇÃO

32.1. CONCEITO

Os arts. 844 e 845 do CPC cuidam da ação cautelar preparatória de exibição de documento ou coisa. Com ela não se confunde a ação principal e autônoma, em que se requer, em caráter definitivo, a exibição.

Quando a exibição do documento ou coisa for bastante para satisfazer o interesse do autor, a ação será proposta como principal e sob a forma de ação de conhecimento. Porém, quando a exibição tiver por fim permitir que o interessado constate determinado fato, ou obtenha prova, para a propositura de outra ação, terá ela natureza cautelar.

Há, ainda, a exibição de documento ou coisa requerida como incidente probatório, na forma dos arts. 355 e s. do CPC. Nesse caso, a exibição não terá natureza de ação, mas de mero incidente processual.

A ação cautelar de exibição será, em regra, preparatória, pois se a necessidade de obter a exibição surgir no curso do processo, bastará ao

interessado valer-se do incidente. É possível, porém, cogitar-se de ação cautelar de exibição incidente, quando a necessidade de obter-se a exibição surgir no curso do processo, mas em fase prematura, quando ainda não seja possível utilizar o incidente de exibição.

Para que a medida cautelar de exibição seja concedida, há necessidade de *periculum in mora*, consubstanciado no risco de que o documento ou coisa venha a perecer ou danificar-se. Ao ajuizar a ação cautelar, o autor indicará qual a ação principal a ser proposta, permitindo ao juiz verificar se a exibição é relevante para a propositura e o desfecho da ação principal.

Tem lugar a exibição judicial (art. 844):

"I — de coisa móvel em poder de outrem e que o requerente repute sua ou tenha interesse em conhecer".

Embora o dispositivo mencione expressamente a exibição de coisa móvel, nada obsta que seja deferida a exibição de coisa imóvel. As coisas podem ser imóveis por natureza, mas também por acessão física e intelectual, e até por determinação legal. Se for necessária a exibição de bem imóvel, o juiz não deverá recusá-la, porque as hipóteses do art. 844 do CPC não são taxativas (*numerus clausus*).

"II — de documento próprio ou comum, em poder de cointeressado, sócio, condômino, credor ou devedor; ou em poder de terceiro que o tenha em sua guarda, como inventariante, testamenteiro, depositário ou administrador de bens alheios."

São frequentes as ações em que correntista de banco postula a exibição das cópias dos cheques por ele emitidos ou dos extratos de conta-corrente, para verificar sua correção. Também frequentes as ações em que aquele que celebra contrato de adesão requer a exibição do contrato, que ficou em mãos unicamente da parte contrária.

"III — da escrituração comercial por inteiro, balanços e documentos de arquivo, nos casos expressos em lei."

32.2. PROCEDIMENTO

O procedimento da ação cautelar de exibição de documento ou coisa segue o previsto no Código de Processo Civil para o incidente de exibição, previsto nos arts. 355 a 363 e 381 e 382.

Quadro sinótico – Exibição

33 DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

33.1. CONCEITO

Há um momento oportuno para que as provas sejam produzidas. No entanto, é possível que a demora traga perigo para determinada prova, o que permitirá que a sua produção seja antecipada.

Para que a medida seja deferida, há necessidade de que não se possa aguardar a ocasião oportuna para a realização de determinada prova (*periculum in mora*). A antecipação pode ser requerida como preparatória ou incidental. Caberá o ajuizamento de cautelar incidental quando o processo principal já estiver em curso, mas em fase ainda não apropriada para a produção da prova cuja antecipação se postula.

As provas que podem ser antecipadas são o interrogatório da parte, a inquirição das testemunhas e o exame pericial (CPC, art. 846). Embora o artigo não mencione, também é admissível a antecipação de inspeção judicial.

A prova pericial pode consistir em exame, vistoria ou avaliação (CPC, art. 420).

33.2. PROCEDIMENTO

A antecipação da prova oral (interrogatório da parte ou inquirição de testemunha) será determinada sempre que a parte ou testemunha tiver de ausentar-se, ou quando por motivo de idade ou de moléstia grave houver justo receio de que no momento oportuno elas não mais existam ou estejam impossibilitadas de depor.

A antecipação de perícia será deferida quando houver fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação.

Era dispensável que o Código de Processo Civil enumerasse as hipóteses em que cabe a antecipação da prova, pois basta lembrar a sua natureza cautelar, para concluir-se que o juiz a deferirá sempre que, do perigo na demora, puder resultar algum prejuízo para a produção da prova.

Na petição inicial, o requerente justificará sumariamente a necessidade de antecipação, mencionando com precisão os fatos sobre os quais há de recair a prova.

O réu será citado para acompanhar a prova. Também deverão ser citados todos aqueles que participarão do contraditório, no processo principal. Do contrário, a prova antecipada não poderá ser utilizada contra eles.

Assim, se o autor ou réu pretenderem, no processo principal, fazer a denunciação da lide a um terceiro, eles deverão comunicá-lo ao juiz, que mandará intimar o interessado a, querendo, acompanhar a prova.

Não se trata de denunciação da lide na ação cautelar, mas de intimação de todos aqueles que figurarão no processo principal para acompanhar a prova. Se assim não for feito, a prova não poderá ser aproveitada com relação àqueles que não tiveram oportunidade de acompanhar a sua produção no

processo cautelar, sob pena de ofensa ao princípio do contraditório.

A produção de prova pericial antecipada seguirá o procedimento previsto nos arts. 420 a 439, podendo as partes formular quesitos e indicar assistentes técnicos.

Não cabe trazer à baila, na produção antecipada de provas, questões referentes ao objeto litigioso do processo principal. Assim, não poderá o réu contestar senão a necessidade de antecipar a prova.

Produzida adequadamente a prova, o juiz a homologará, e os autos permanecerão em cartório, sendo lícito aos interessados solicitar as certidões que quiserem.

Como salientado anteriormente, a produção antecipada de provas não caduca após 30 dias, por tratar-se de medida que não restringe o direito da parte contrária.

Quadro sinótico – Produção antecipada de provas

34 DOS ALIMENTOS PROVISIONAIS

34.1. CONCEITO

Os alimentos são prestações destinadas a satisfazer as necessidades vitais daqueles que não podem provê-las por si.

A obrigação de alimentos pode decorrer de lei, de contrato ou da prática de ato ilícito. Somente a obrigação alimentar decorrente de lei enseja execução sob a forma do art. 733 do CPC. As demais dão-se sob a forma de execução por quantia certa, sem possibilidade de prisão civil do devedor inadimplente.

A obrigação legal de alimentos pode ter origem no parentesco (ascendentes, descendentes e irmãos), no casamento ou na união estável. Quando houver prova constituída da obrigação alimentar, o credor de alimentos poderá valer-se de ação de alimentos de rito especial (Lei n. 5.478/68), em que é possível a concessão de liminar de alimentos provisórios.

Os alimentos provisórios são, portanto, aqueles fixados liminarmente na ação de alimentos de rito especial, proposta pelo credor com prova constituída da obrigação legal de alimentos.

Há casos, porém, em que não há como conceder alimentos provisórios, que só são possíveis quando da propositura da ação de alimentos de rito especial. O filho ainda não reconhecido como tal, que proponha ação de investigação de paternidade, ou ação de alimentos pelo rito ordinário, não

pode postular alimentos provisórios. A cautelar de alimentos provisionais, que pode ser preparatória ou incidente, visa proporcionar o sustento da parte durante a pendência do processo principal. Por isso, os alimentos provisionais são também chamados *ad litem*.

Não se confundem os alimentos provisionais com os provisórios. Aqueles constituem objeto de ação cautelar, e estes, decisão proferida no bojo da ação de alimentos de rito especial, em que há prova formada da obrigação legal de alimentos.

O art. 852 do CPC estabelece que é lícito pedir alimentos provisionais, nas ações de separação judicial e de anulação de casamento, desde que separados os cônjuges. Embora o artigo não mencione expressamente, também nas ações de divórcio direto será possível postulá-los.

Os alimentos provisionais podem ser preparatórios ou incidentes em ação de alimentos (CPC, art. 852, II). O dispositivo refere-se àquelas ações de alimentos que corram pelo rito ordinário, sem possibilidade de concessão de liminar de alimentos provisórios. O filho não reconhecido pode desde logo propor ação de alimentos contra o pai, independentemente do reconhecimento. No entanto, como não há prova constituída do parentesco, a ação de alimentos correrá pelo rito ordinário, sem liminar. Nessa situação, justifica-se a propositura da cautelar de alimentos provisionais, para resguardar o sustento do filho, enquanto durar a ação principal.

Serão concedidos alimentos provisionais, por fim, nos demais casos expressos em lei. Por exemplo, é possível requerer alimentos provisionais preparatórios ou incidentes em ação de investigação de paternidade.

34.2. PROCEDIMENTO

Na petição inicial, que deverá obedecer aos requisitos dos arts. 282 e 801 do CPC, o requerente exporá as suas necessidades e as possibilidades do alimentante. Havendo urgência, o juiz concederá liminar, fixando os alimentos provisionais, sem audiência do requerido.

O procedimento dos alimentos provisionais, no mais, segue as regras do procedimento geral das ações cautelares. No entanto, determina o art. 853 do Código que a cautelar de alimentos provisionais processar-se-á no primeiro grau de jurisdição, ainda que a causa principal penda de julgamento no tribunal. Trata-se de exceção à regra geral do art. 800, parágrafo único, que dispõe que, interposto o recurso, a cautelar será ajuizada perante o tribunal.

Quadro sinótico – Alimentos

35 DO ARROLAMENTO DE BENS

35.1. CONCEITO

Não se confunde a cautelar de arrolamento de bens com o arrolamento de bens, espécie de inventário.

A cautelar de arrolamento tem por finalidade deixar registrada a existência de determinados bens, protegendo-os de extravio ou dissipação. Qualquer pessoa que tenha interesse na conservação dos bens pode requerer o seu arrolamento, observado o disposto no art. 856 e parágrafos do CPC.

A cautelar pode ser preparatória ou incidental, desde que haja fundado temor do desaparecimento ou extravio dos bens.

35.2. PROCEDIMENTO

A petição inicial, além dos requisitos gerais dos arts. 282 e 801 do CPC, deverá explicitar o direito do requerente aos bens e os fatos em que se funda o seu temor de extravio ou dissipação.

O juiz designará audiência de justificação, dando ao requerente oportunidade de demonstrar que seu temor é justificado. O réu será ouvido, se disso não resultar comprometimento à finalidade da medida. Convencido do perigo, o juiz deferirá o arrolamento, nomeando um depositário, que lavrará um auto descritivo de todos os bens e das ocorrências que tenham interesse para a sua conservação.

Como o arrolamento não se limita a descrever os bens, mas implica sua entrega a um depositário, restringindo-se os direitos do titular, o prazo de caducidade de 30 dias haverá de ser obedecido para a propositura da ação principal.

Quadro sinótico – Arrolamento de bens

36 DA JUSTIFICAÇÃO

36.1. CONCEITO

A justificação consiste em documentar, por meio da ouvida de testemunhas, a existência de algum fato ou relação jurídica, que poderá ou não ser utilizada em processo futuro.

Embora inserida entre as ações cautelares, a justificação não tem natureza cautelar, mas de mera documentação.

Assim, não há necessidade de demonstrar *fumus boni juris* e *periculum*

in mora, como na ação cautelar de produção antecipada de provas. Nem há necessidade de propositura de ação principal.

Basta, para a justificação, que o interessado queira deixar documentada a existência de determinado fato ou relação jurídica, para utilizar-se quando lhe convier. Por exemplo: o trabalhador que queira aposentar-se pode requerer a justificação para ouvir testemunhas de que ele trabalhou em período anterior, para determinada empresa.

Da mesma natureza da justificação prevista no art. 861 do CPC é a justificação de óbito, prevista na Lei dos Registros Públicos (Lei n. 6.015/73, art. 88), de pessoas desaparecidas em catástrofes, quando o corpo da vítima não é localizado. Justificado o óbito, será autorizada a lavratura da respectiva certidão.

A justificação faz prova apenas de que as testemunhas compareceram perante o juiz e prestaram aquelas declarações que constam do termo. Não há qualquer juízo de valor, por parte do magistrado, quanto ao conteúdo das declarações, nem quanto ao valor da prova. À autoridade judiciária ou administrativa a que for apresentada, posteriormente, a justificação, caberá aferir-lhe o valor probatório e o conteúdo.

36.2. PROCEDIMENTO

Na petição inicial, o interessado exporá o fato ou relação jurídica que pretende ver justificada. Como a justificação não se confunde com a produção antecipada de prova, nem tem natureza cautelar, não há necessidade de indicar qual a eventual ação principal a ser proposta.

Os interessados serão citados para acompanhar a produção da prova testemunhal, podendo reinquirir e contraditar as testemunhas. Se não for possível a citação pessoal dos interessados, ou porque eles são incertos, ou porque não foram localizados, haverá necessidade de intervenção do Ministério Público, que fiscalizará a ouvida das testemunhas.

O requerente poderá, ainda, juntar documentos, dos quais será dada vista aos interessados.

Não se admite, no processo de justificação, defesa nem recurso. A justificação será julgada por sentença, na qual o juiz não se pronunciará sobre o mérito da prova colhida, limitando-se a verificar se foram observadas as formalidades legais. Os autos serão entregues ao requerente 48 horas após a decisão.

Quadro sinótico – Justificação

37 DOS PROTESTOS, NOTIFICAÇÕES E INTERPELAÇÕES

37.1. CONCEITO

São procedimentos em que o juiz limita-se a comunicar a alguém uma manifestação de vontade, com o fim de prevenir responsabilidade ou impedir que o destinatário possa, futuramente, alegar ignorância.

Têm, por finalidade, levar a alguém a ciência inequívoca de determinada manifestação de vontade.

Dos protestos, notificações ou interpelações não resulta qualquer restrição ao direito do interessado. Portanto, não se pode, por meio desses procedimentos, obstar a prática de qualquer negócio jurídico, ou impedir a venda de bens. Também não se pode admitir que o protesto seja averbado no Registro de Imóveis, para que ele tenha eficácia *erga omnes*, pois isso seria extrapolar a finalidade da medida.

O protesto contra alienação de bens só serve para demonstrar o desacordo do requerente contra a venda, mas não serve para obstar a sua realização. Aquele que receber a notificação ou o protesto não poderá alegar, futuramente, que ignorava o desacordo do requerente. Não poderá, portanto, dizer que estava de boa-fé frente a este.

O protesto, a notificação e a interpelação podem ser feitos também extrajudicialmente, mas apenas quando judiciais têm o efeito de interromper a prescrição, conforme a Súmula 153 do Supremo Tribunal Federal, exceto protesto cambial.

Há situações em que a lei condiciona o exercício de determinado direito à prévia notificação ou interpelação. É o que ocorre com o despejo, quando a locação está prorrogada por prazo indeterminado, com os compromissos de compra e venda, e com as obrigações que não têm termo certo de vencimento. Nesses casos, a notificação, que pode ser judicial ou extrajudicial, é necessária para a constituição em mora.

37.2. PROCEDIMENTO

Na petição inicial, o requerente exporá as razões de fato e de direito pelas quais pretende o protesto, a notificação ou a interpelação. O juiz indeferirá o pedido, quando o requerente não demonstrar legítimo interesse e quando da medida puderem resultar dúvidas e incertezas, capazes de impedir a formação de contrato ou negócio lícito.

Da medida não pode resultar nenhuma constrição ou restrição a direito. Assim, não há necessidade de indicar a ação principal a ser proposta, nem de ajuizar qualquer demanda principal, no prazo de 30 dias.

O indeferimento liminar da medida será feito por sentença, sujeita a apelação. Deferida a medida, será determinada a intimação do requerido (e não citação, apesar de o art. 870, II, referir-se ao citando). A intimação será feita por editais, quando presentes as hipóteses do art. 870 e parágrafos do CPC.

Não se admite defesa, no procedimento de protesto, notificação ou interpelação. Nada obsta, porém, que o requerido valha-se de procedimento

autônomo, para efetuar contraprotesto, em que se torna inequívoca a manifestação de discordância com os termos do protesto.

Não há sentença nesses procedimentos. Feita a intimação, o juiz determinará que os autos sejam entregues ao requerente, após 48 horas, independentemente de traslado.

Quadro sinótico – Protestos, notificações e interpelações

38 DA HOMOLOGAÇÃO DO PENHOR LEGAL

38.1. CONCEITO

O penhor legal é uma garantia instituída pela lei para assegurar o pagamento de determinadas dívidas, cuja natureza reclama tratamento especial. A garantia decorre de lei e independe de convenção.

O art. 1.467 do CC cuida do penhor legal, atribuindo-o aos hospedeiros, estalajadeiros ou fornecedores de pousada ou alimento, sobre bagagens, móveis, joias ou dinheiro que seus consumidores ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimento, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito; e aos donos de prédio rústico ou urbano, sobre os bens móveis que o rendeiro ou inquilino tiver guarnecendo o mesmo prédio, pelos aluguéis ou rendas.

O art. 874 do CPC reproduz o art. 1.471 do CC: tomado o penhor legal, o credor requererá, ato contínuo, a sua homologação.

Verificadas as hipóteses dos incisos I e II do art. 1.467, o credor reterá as bagagens e bens do devedor e requererá, em seguida, a homologação do penhor legal.

Embora inserida entre as ações cautelares, a homologação do penhor legal não tem esse caráter. A ação tem por objetivo constituir a garantia pignoratícia: homologado o penhor legal, estará satisfeito o interesse do credor de vê-la constituída. Não há nexo de dependência com qualquer outro processo principal, e a homologação não é ação preparatória de futura execução, porque ela não tem por objetivo constituir o título executivo, mas a garantia do crédito. O contrato de penhor é título executivo extrajudicial (CPC, art. 585, III), mas não a homologação do penhor legal, não prevista em lei como tal.

38.2. PROCEDIMENTO

A petição inicial deverá ser instruída com a conta pormenorizada das despesas, a tabela de preços e a relação dos objetos retidos.

O devedor será citado para, em 24 horas, pagar ou apresentar defesa, que só poderá consistir naquelas enumeradas pelo art. 875 do CPC. Se o pedido estiver suficientemente provado, o juiz poderá homologar de plano o penhor legal. Apesar da redação confusa do dispositivo, preferível considerar que, nesse caso, o juiz dispensará qualquer tipo de instrução, mas não a citação do devedor.

Homologado o penhor, os autos serão entregues, após 48 horas, ao credor, independentemente de traslado; não sendo homologado, os bens serão restituídos ao réu, não se constituindo a garantia.

Quadro sinótico – Penhor legal

39 DA POSSE EM NOME DO NASCITURO

39.1. CONCEITO

Nascituro é aquele que já foi concebido, mas ainda não nasceu. Desde a concepção, a lei resguarda os direitos do nascituro.

A posse em nome do nascituro tem por finalidade permitir à mulher provar que está grávida, garantindo, com isso, os direitos do nascituro. Essa finalidade esgota-se com a constatação da gravidez, e não há qualquer decisão a respeito da paternidade, que deverá ser objeto de ação autônoma.

A lei atribuiu à mãe, com exclusividade, a legitimidade para requerer a constatação da gravidez, protegendo, com isso, os direitos do filho.

39.2. PROCEDIMENTO

Na petição inicial, a mulher requererá ao juiz que, ouvido o órgão do Ministério Público, seja nomeado um médico que a examine. O pedido deverá ser instruído com certidão de óbito da pessoa de quem o nascituro for sucessor, ou que for indicado pela mãe como tal. O exame será dispensado se os herdeiros do falecido aceitarem a declaração da mãe.

Apresentado o laudo que reconheça a gravidez, o juiz declarará, por sentença, a requerente investida dos direitos que caibam ao nascituro. Se não couber à mãe o exercício do poder familia, o juiz nomeará um curador ao nascituro.

A posse em nome do nascituro esgota-se em si mesma e independe da

propositura de qualquer outra ação. Daí faltar-lhe natureza cautelar, apesar de sua localização no Código de Processo Civil.

Quadro sinótico – Nascituro

40 DO ATENTADO

40.1. CONCEITO

Atentado é a medida cautelar que visa a recomposição da situação fática, alterada indevidamente por uma das partes, no curso do processo.

A inovação ilegal pode derivar do interesse da parte em, por exemplo, dificultar a prova, impedir a execução ou fazer justiça com as próprias mãos. Para que o juiz conceda a medida, é necessário que do ato de alteração na situação de fato possa resultar algum prejuízo para a parte contrária. De outro modo, faltaria interesse para a concessão.

O art. 879 do CPC estabelece que comete o atentado a parte que, no curso do processo, viola penhora, arresto, sequestro ou imissão na posse; prossegue em obra embargada ou pratica outra qualquer inovação ilegal no estado de fato. Dessa forma, pode resultar o atentado de violação direta a ordens ou medidas judiciais, ou de ofensa ao embargo de obra, concedido em ação de nunciação de obra nova, ou ainda de qualquer outra alteração ilícita na situação de fato.

A finalidade do atentado é constatar a alteração fática indevida e determinar o restabelecimento do *status quo ante*, sob pena de aquele que o perpetrou ficar proibido de falar nos autos até a purgação do atentado.

Além desse aspecto cautelar, o atentado tem um aspecto material, que é o de permitir a condenação do réu a ressarcir à parte lesada as perdas e danos que ela sofreu como consequência do atentado.

A sentença no atentado poderá ter, assim, um conteúdo misto: cautelar, no que se refere à proteção da tutela jurisdicional a ser proferida no processo principal, ameaçada pela alteração do estado fático; e definitivo, no que diz respeito à condenação do réu em perdas e danos, valendo a sentença do atentado que a fixar como título executivo judicial, independentemente do processo principal.

A ação de atentado é sempre incidente e nunca preparatória, pois pressupõe a existência de modificação do estado fático no curso do processo.

40.2. PROCEDIMENTO

A petição inicial será autuada em apenso, observando-se o disposto nos arts. 802 e 803 do CPC. Ainda que a ação principal esteja no tribunal, o atentado será julgado pelo juiz que conheceu originariamente da causa principal, não se aplicando, pois, ao atentado a regra geral do art. 800, parágrafo único, do CPC.

O procedimento do atentado segue as regras gerais do procedimento cautelar, inclusive no que se refere à concessão de liminar. A sentença que julgar procedente a ação ordenará o restabelecimento do estado anterior, sob pena de a parte não poder mais falar nos autos até a purgação do atentado. Se quem praticou o atentado for o autor da ação principal, o juiz determinará que esta fique suspensa. Purgado o atentado, a ação prosseguirá; não purgado, o processo poderá ser extinto sem julgamento de mérito, observado o disposto no art. 267, II e III, do CPC.

A sentença ainda condenará o réu a ressarcir os danos da parte lesada.

Quadro sinótico – Atentado

41 DO PROTESTO E DA APREENSÃO DE TÍTULOS

41.1. CONCEITO

O protesto de título foi regulado equivocadamente pelo Código de Processo Civil entre as ações cautelares. Na verdade, além de caráter marcadamente mercantil, e não processual, o protesto constitui ato extrajudicial, que nada tem de cautelar. O protesto nada mais é do que um meio de comprovar a falta ou recusa de aceite, de pagamento, ou da devolução do título.

O credor que quiser obter prova da falta de pagamento, ou de aceite, ou de devolução, encaminhará o título ao Cartório de Protesto, que notificará o devedor a, em determinado prazo, pagar, exarar o aceite ou promover a devolução, sob pena de protesto. Se o devedor quedar-se inerte, o protesto será efetivado.

O credor que entenda que o protesto é indevido deverá valer-se de ação cautelar de sustação de protesto. A sustação de protesto é ação e tem natureza cautelar. Mas o protesto é ato extrajudicial. Sua inclusão no Código de Processo Civil só pode ser atribuída a equívoco do legislador.

O protesto é indispensável para que o credor requeira a falência do devedor comerciante. Também é indispensável para que a duplicata não aceita revista-se de força executiva, desde que acompanhada do comprovante de entrega da mercadoria ou da prestação de serviços.

Além do protesto, o Código de Processo Civil ainda prevê a apreensão de título não restituído ou sonegado pelo emitente, sacado ou aceitante. O pedido de apreensão, ao contrário do protesto, tem natureza jurisdicional e cautelar, constituindo ação preparatória de futura cobrança ou execução.

O Código Comercial e as leis cambiais preveem situações em que o emitente, sacado ou aceitante, em cujo poder encontra-se o título, está obrigado a restituí-lo ou entregá-lo. Quando houver recusa ou sonegação, o juiz mandará apreender o título, após colher os depoimentos que sejam necessários para a comprovação do alegado.

A recusa na devolução do título permitia ao juiz decretar a prisão do réu (CPC, art. 885, parágrafo único). Mas essa possibilidade não foi recepcionada pela Constituição Federal, que restringe as hipóteses de prisão civil por dívida ao devedor de alimentos e ao depositário infiel.

Quadro sinótico – Protesto e apreensão de títulos

42 DE OUTRAS MEDIDAS PROVISIONAIS

O art. 888 enumera outras medidas cautelares que o juiz poderá determinar, na pendência da ação principal, ou antes de sua propositura.

O rol do art. 888 é meramente exemplificativo. Há outras providências cautelares que o juiz, com base no poder geral de cautelar, poderá determinar, além daquelas.

Na concessão dessas medidas, observar-se-á o procedimento geral das ações cautelares, previsto nos arts. 801 a 803 do CPC.

Títulos já lançados

Volume 1 — Direito Civil — Parte Geral
Volume 2 — Direito Civil — Direito de Família
Volume 3 — Direito Civil — Direito das Coisas
Volume 4 — Direito Civil — Direito das Sucessões
Volume 5 — Direito Civil — Direito das Obrigações — Parte Geral
Volume 6, tomo I — Direito Civil — Direito das Obrigações — Parte Especial
Volume 6, tomo II — Direito Civil — Responsabilidade Civil
Volume 7 — Direito Penal — Parte Geral
Volume 8 — Direito Penal — Dos crimes contra a pessoa
Volume 9 — Direito Penal — Dos crimes contra o patrimônio
Volume 10 — Direito Penal — Dos crimes contra a dignidade sexual aos crimes contra a administração
Volume 11 — Processo Civil — Teoria geral do processo e processo de conhecimento
Volume 12 — Processo Civil — Processo de execução e cautelar
Volume 13 — Processo Civil — Procedimentos especiais
Volume 14 — Processo Penal — Parte Geral
Volume 15, tomo I — Processo Penal — Procedimentos, nulidades e recursos
Volume 15, tomo II — Juizados Especiais Cíveis e Criminais — estaduais e federais
Volume 16 — Direito Tributário
Volume 17 — Direito Constitucional — Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais
Volume 18 — Direito Constitucional — Da organização do Estado, dos poderes e histórico das Constituições
Volume 19 — Direito Administrativo — Parte I
Volume 20 — Direito Administrativo — Parte II
Volume 21 — Direito Comercial — Direito de empresa e sociedades empresárias
Volume 22 — Direito Comercial — Títulos de crédito e contratos mercantis
Volume 23 — Direito Falimentar
Volume 24 — Legislação Penal Especial — Crimes hediondos — tóxicos — terrorismo — tortura — arma de fogo — contravenções penais — crimes de trânsito
Volume 25 — Direito Previdenciário
Volume 26 — Tutela de Interesses Difusos e Coletivos

Volume 27 — Direito do Trabalho — Teoria geral a segurança e saúde

Volume 28 — Direito do Trabalho — Duração do trabalho a direito de greve

Volume 29 — Direito Eleitoral

Volume 30 — Direitos Humanos

Volume 31 — Processo do Trabalho — Justiça do Trabalho e dissídios trabalhistas

Volume 32 — Processo do Trabalho — Recursos trabalhistas, execução trabalhista e ações cautelares

Volume 33 — Direito Internacional